

Christian Alexander Meyer

Gedanken zum Vertriebsrecht

Der Autor blickt auf die jüngere Vertriebspraxis in der Schweiz und vereinzelt auch im europäischen Ausland zurück, die er anwaltlich begleitet. Er macht sich praktische Gedanken zu Vertragsbeendigung und zur Abgeltung der Kundschaft. Dabei warnt er vor lauernden Gefahren, strukturiert Lösungen und bewertet die aktuelle Situation. Stichworte sind Vertragsrecht, Kartellrecht, Anti-Korruptionsrecht, Vertragsfreiheit und Bekanntmachungen der WEKO, Rabatte, Onlinevertrieb, Internationales Privatrecht und eingeschränkte Rechtswahl. Konsumentenschutz in Europa erhöht stetig den nachvertraglichen Aufwand der Anbieter.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Europäisches Privatrecht; Kartellrecht; Korruptionsstrafrecht; Wettbewerbsrecht; Deutsches Recht

Zitiervorschlag: Christian Alexander Meyer, Gedanken zum Vertriebsrecht, in: Jusletter 2. Mai 2016

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 1. Begriffe
 2. Eingeschränkte Rechtswahl in der EU, gefährdeter Gerichtsstand
- II. Vertragsbeendigung
 3. Ordentliche Vertriebsvertragsbeendigung
 4. Ausserordentliche Vertragsbeendigung
 - 4.1. Agenturvertrag
 - 4.2. Vertriebsvertrag
 - 4.3. Beendigung bei Franchise- und Lizenzverträgen
 5. Teilkündigung
 6. Konkurrenzverbote
 7. Kundschaftsentschädigung ist Abgeltung des geschaffenen Vorteils
 - 7.1. Agenturvertrag
 - 7.2. Vertriebsvertrag
 8. Berechnung der Abgeltung für Agenten und Abnehmer
 9. Warenlager
- III. Vertrieb und Kartellrecht
 10. Vorbemerkung
 11. Vertragsfreiheit und Bekanntmachungen
 12. Marktabgrenzung KFZ-Reparaturmarkt
 13. Agenten und Dritte im Kartellrecht
 14. Rabattsysteme
 15. Onlinevertrieb
 16. Online-Buchungsplattformen für Hotels
 17. Passive Verkaufsverbote
 18. Exklusive Ankermiete
- IV. Korruptionsbekämpfung
- V. Alternative Streitbeilegung für Konsumenten
- VI. Rechtsschutz unter den Vertriebsparteien
- VII. Ergebnis

I. Einleitung

[Rz 1] Es folgen ein paar Gedanken¹ zum Vertriebs- und Agenturverhältnis², also auf Dauer ausgerichtete Absatzmittlerverhältnisse, insbesondere zu deren Beendigung aber auch zu deren Bezug zu weiteren Rechtsgebieten wie etwa dem Kartellrecht.

[Rz 2] Die Rechtsentwicklung zum Vertriebsrecht im Ausland gefährdet Rechtswahl und Gerichtsstand in diesen Verträgen.³ Die Vertriebsvertragsbeendigung kann immer Probleme bereiten. Die Analogie für die Vertriebsvertragsbeendigung aus wichtigem Grund, wie man sie aus dem Arbeitsrecht kennt, ist für typische Vertriebsverträge unzulässig. Weil die Abnehmer in den wenigsten Fällen natürliche Einzelpersonen und deshalb deren Situation nicht arbeitnehmer-

¹ Diese sind weder abschliessend noch flächendeckend. Der Blick ins Ausland ist naheliegend, wo reichere Praxis zu einzelnen Themen besteht. Die Thematisierung im beobachteten Land wiederum erscheint eher zufällig.

² Für Grundlagen wird auf Standardliteratur verwiesen: CHRISTIAN ALEXANDER MEYER, *Der Alleinvertrieb*, 2. A., St. Gallen 1992; Oliver Arter (Hrsg.), *Vertriebsverträge*, Bern 2007, WALTER R. SCHLUEP, *Innominatverträge*, SPR VII/2, Basel, 1979, 839 ff. oder MARC AMSTUTZ/ARIANE MORIN, Honsell et al (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, 6. A., Basel 2015, Rz. 5 ff. und 112 ff. zu Einl. vor Art. 184 OR und die Verweise dort oder das Agenturrecht, THEODOR BÜHLER, *Zürcher Kommentar* 2000 und GEORG GAUTSCHI, *Berner Kommentar* 1964, SUZANNE WETTENSCHWILER, Honsell et al (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, 6. A., Basel 2015, zu Art. 418a–418v OR und die Literatur dazu.

³ Vgl. I.2.

gleich und auch nicht analogiefähig ist.⁴ In den typischen Vertriebsverträgen fehlt damit diese besondere persönliche Nähe, so dass auch bei extremen Leistungsstörungen die Zusammenarbeit zumindest bis zur ordentlichen Beendigung zumutbar bleibt. Gedanken zur Abgeltung des Vorteils der geschaffenen Kundschaft⁵ verbessern das Verständnis des Art. 418u Obligationenrecht (OR) und erhöhen die Rechtssicherheit und die faire Abgeltung für die Zukunft. Kartellrecht schränkt die Vertragsfreiheit ein.⁶ Der Beizug von Vertriebsmittlern und Beauftragten kann kartellrechtliche Compliance Fragen aufwerfen.⁷ Vertriebsmittler in korruptionsgefährdeter Umgebung sind besonders sorgfältig auszuwählen, zu instruieren und zu überwachen.⁸ Konsumentenschutzrecht erhöht zunehmend den nachvertraglichen Aufwand der Vertriebspartner.⁹

[Rz 3] Ein interdisziplinärer und offener Blick auf die Vertriebsprobleme fördert effiziente und sachgerechte Lösungen, weil Vertriebsfragen meist durch mehrere Rechtsbereiche geregelt sind: Vertragsrecht, Immaterialgüterrecht, Kartell-, Lauterkeits- oder Gesundheits- sowie Sozialversicherungsrecht etwa in der Pharmaindustrie oder das Lebensmittelrecht für ebendiese Konsumgüter. Die Rechtsdurchsetzung erfordert Prozesserfahrung. Kenntnisse der Schiedsgerichtsbarkeit und der Buchführung sind hilfreich. Compliance-Fragen zu beantworten wird selbstverständlich.

1. Begriffe

[Rz 4] Die Begriffe in allen Innominatverträgen¹⁰ sind besonders sorgfältig zu wählen und zu gebrauchen. Der Vertriebsvertrag ist kein gesetzlich geregelter Vertrag. Die Begriffsbildung in der Praxis¹¹ war zum Teil ungenau. Geeignete Parteibezeichnungen im Vertrieb sind unabhängig von der Vertriebsstufe der Lieferant und der Abnehmer¹². Beide handeln eigennützig, in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und mit eigenem Risiko und unterscheiden sich deshalb vom gesetzlich normierten Agenten, der den Auftraggeber vertritt. Der Vertriebsvertrag begründet ein Dauerschuldverhältnis.

[Rz 5] Der typische Alleinvertrieb ist begriffsnotwendig geprägt durch die ausschliessliche Liefer- und Bezugspflicht¹³ wie sie auch im Agenturvertrag für den Alleinagenten zu vereinbaren ist¹⁴. Mit anderen Worten, Exklusivität ist stets ausdrücklich und gegenseitig zu vereinbaren! Der deutsche Vertragshändler oder Eigenhändler gemäss Bundesgerichtshofterminologie unterliegt hingegen keiner ausschliesslichen Liefer- und Bezugsverpflichtung.¹⁵

⁴ Dazu II.4.

⁵ Vgl. II.7.

⁶ Vgl. III.11.

⁷ Vgl. III.13.

⁸ Vgl. IV.

⁹ Dazu ein weiteres neues Beispiel unter V.

¹⁰ SCHLUEP, 763 ff. oder AMSTUTZ/MORIN, Rz. 5 ff. zu Einl. vor Art. 184 OR.

¹¹ MEYER, Der Alleinvertrieb, 128–130 und 257.

¹² MEYER, Der Alleinvertrieb, 257, AMSTUTZ/MORIN, Rz. 118 f. zu Einl. vor Art. 184 OR und bereits SCHLUEP, 843.

¹³ AMSTUTZ/MORIN, Rz. 112 zu Einl. vor Art. 184 OR, der lediglich das ausschliessliche Bezugsrecht nennt und die Bezugspflicht «oder gar» und somit als Extra bezeichnet.

¹⁴ Art. 418c Abs. 2 OR für die zu vereinbarende Bezugspflicht und Art. 418f Abs. 3 OR für die Belieferung.

¹⁵ Statt aller MICHAEL MARTINEK ET AL., Handbuch des Vertriebsrechts, 4. A., München 2015, Rz. 1 f. zu § 18.

[Rz 6] Der Agent ist Vertriebsmittler auf fremde Rechnung. Der Mäkler handelt nicht auf Dauer und der Handelsreisende ist angestellt.

[Rz 7] Der Alleinabnehmer ist weder Alleinvertreter¹⁶ noch Vertragshändler! Dagegen haben der Schweizer Agent¹⁷ und der deutsche Handelsvertreter¹⁸ gleiche Wurzeln in den 1950er Jahren. Wirtschaftliche Risiken eines Agenten können auch atypisch sein. Dann fällt er plötzlich in den Anwendungsbereich des Kartellrechts, obwohl er doch «nur» Vertreter ist.¹⁹

[Rz 8] Vertriebsabreden sind typische Vertikalabreden. Deshalb beeinflusst das Kartellrecht der Schweiz²⁰, der Nachbarländer²¹ oder der Europäischen Union²² diese Vertriebsform. Neben der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter²³ hat gemäss Kartellrecht Erlaubtes und Verbotenes die Vertriebsverträge in Europa typisierend geprägt²⁴. Das Recht im Ausland entwickelt sich weiter. So hat der Wortlaut des Deutschen § 89b Abs. 1 HGB, der unserem Art. 418u OR ähnlich war, am 4. August 2009 geändert. Das gilt es bei der Rezeption der Praxis aus Deutschland für die Schweiz vor und nach diesem Datum zu beachten.

[Rz 9] Kartellrechtlich interessiert der Selektivvertrieb²⁵: In diesem Vertrieb wählen die Lieferanten die Abnehmer nach objektiven qualitativen Kriterien im Hinblick auf das zu vertreibende Produkt aus. Um die Qualität im Vertriebssystem zu sichern, sind gewisse Weiterverkaufsmöglichkeiten beschränkt.²⁶ Der Unterschied zum Alleinvertrieb besteht darin, dass die Beschränkung der Abnehmer nicht von der Anzahl der Gebiete abhängt, sondern von Auswahlkriterien, die in erster Linie mit der Beschaffenheit des Produkts zusammenhängen.²⁷

[Rz 10] Eine fast schon idealtypische Umschreibung des Agenten anhand dreier Merkmale findet sich auch in den Leitlinien der EU:²⁸ Kein Eigentumsübergang der Ware auf den Agenten, die Ver-

¹⁶ So die ungenaue Bezeichnung in der deutschen Version des Regestes von BGE 134 III 497.

¹⁷ Art. 418a–418v OR.

¹⁸ §§ 84–92c deutsches Handelsgesetzbuch, HGB.

¹⁹ Vgl. dazu nachfolgend III.13.

²⁰ Art. 4 Abs. 1 und 5 Abs. 4 KG, Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission, WEKO vom 28. Juni 2010 (VertBek) und KFZ Bekanntmachung vom 29. Juni 2015 (KFZ-Bek) und die jeweiligen Erläuterungen vom gleichen Tag dazu.

²¹ Pars pro toto: § 32 Abs. 3 deutsches Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2. Beschlussabteilung, Beschluss B2-98/11 des Bundeskartellamtes am 26. August 2015, ASICS et al. zum Per-se-Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze.

²² Verordnung (VO), EU Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen (VV-GVO) vom 20. April 2010, Abl. L 102 1 ff. v. 23. April 2010 und Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (LL VV-GVO) vom 10. Mai 2010, 2010/C 130/01, Abl. C 130 v. 19. Mai 2010 oder VO 461/2010 über vertikale Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor, Abl. L 129 52 ff. v. 28. Mai 2010 und Ergänzende Leitlinie der Kommission über Verkauf und Instandsetzung von KFZ und Vertrieb von Ersatzteilen, 2010/C 138/05, Abl. C 138 16 ff. v. 28. Mai 2010.

²³ Nachfolgend RL Handelsvertreter, Abl. L 382 17 ff. v. 31. Dezember 1986, gemäss Art. 22 dort umzusetzen bis 1994.

²⁴ Zur Typisierung: MEYER, Der Alleinvertrieb, 89 ff.

²⁵ Zum Begriff etwa Ziff. 4 VertBek.

²⁶ Vgl. etwa Ziff. 4 VertBek und Art. 3, 4 und 15, 16 KFZ-Bek oder LL VV-GVO, Rz. 174 ff.

²⁷ Vgl. LL VV-GVO, Rz. 174.

²⁸ VV-GVO, Rz. 16.

tragsdienstleistung ist nicht selber zu erbringen und der Auftraggeber trägt die ihm zurechenbaren Kosten.²⁹

[Rz 11] Die Welt verändert sich und mit ihr typische Vertriebsverträge und die zugehörigen Begriffe. Die Aufgabe des Tankwartes der 1950er Jahre hat nur noch wenig gemeinsam mit der Komplexität heutiger Versorgungszentren, die auch noch Treibstoff verkaufen. Entwicklungen bei der Vermarktung etwa von Sportanlässen schaffen neue Märkte, die zuvor unbekannt waren. Daraus entstehen neue Vertriebsformen und nach einer gewissen Zeit neue Vertriebstypen mit ihren marktspezifischen Besonderheiten und Bedürfnissen.³⁰ Zum Erkennen und Bewältigen dieser neuen Vertriebsformen sei an SCHLUEPS wegleitende Erörterung der Innominatverträge 1979 erinnert. Bevor man nach dem Agentur- oder Werkvertragsrecht schiebt oder ein Gebilde mit Vertriebs- oder Lizenzvertrag überschreibt, ist es hilfreich, die Bedürfnisse der Beteiligten und die bekannten Rechtstatsachen zu typologisieren und erst dann zu versuchen, anhand erkannter allgemein sich wiederholender Fragestellungen diesen Problemtypus und nicht einzig den konkreten Einzelfall zu erwägen³¹. Diese Botschaft soll man im Streitfall auch dem Richter vermitteln, damit dieser, sensibilisiert für das Neue, die richtigen Schlüsse zu ziehen vermag und falsche Bezüge vermeidet.³²

[Rz 12] Bei kapitalintensiven Vertriebsverträgen sollten die Parteien darauf achten, dass sie ihre Investitionen mit Blick auf die Laufzeit auch vernünftig amortisieren können. So wirken sich die Begriffe Investitions- und Auslaufschutz unmittelbar auf die Vertragslaufzeit aus.³³

[Rz 13] Lehre und Praxis haben im Vertriebsrecht teilweise den Grundpfeiler des Vertragsrechts «Pacta sunt servanda» ignoriert, soweit sie bei der Frage einer ausserordentlichen Beendigung unter dem Begriff des «wichtigen Grundes» atypische Agenten oder gar Vertriebsvertragsparteien mit dem Arbeitnehmer verwechselt haben,³⁴ wenn sie die isolierte Ausnahmebestimmung des heutigen Art. 337c OR aufgrund der Verwechslung zur Rechtsfolge für Vertriebsverträge erhoben haben. Diesen Irrtum gilt es aufzuklären.

2. Eingeschränkte Rechtswahl in der EU, gefährdeter Gerichtsstand

[Rz 14] Eine wichtige Einschränkung der Rechtswahlmöglichkeit verdient zuerst genannt zu werden. Entgegen der Tradition, das anwendbare Recht am Schluss zu thematisieren.

[Rz 15] In internationalen Vertriebsverhältnissen wird meist das anwendbare Recht gewählt. Seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) im Jahr 1989 ist die Rechtswahl auch für den Agenturvertrag zulässig. Alt Art. 418b Abs. 2 OR wurde durch das IPRG aufgehoben und für Verträge wurde die Rechtswahl ganz allgemein in Art. 116 IPRG geregelt.

²⁹ Vertiefend nachfolgend III.13 und die nicht abschliessende detaillierte Umschreibung in Abs. a–g in VV-GVO, Rz. 16.

³⁰ Vgl. Vom Stadion in die Stube, zu den Übertragungsrechten im Life-Sport, NZZ vom 31. Juli 2015 oder OSTERWALDER SIMON, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, Bern 2004, 268–279 und Sponsoring-Verträge als zweites Stichwort.

³¹ SCHLUEP zur Abgrenzung typischer und atypischer Sachverhalte, 805 ff.

³² Zum ganzen: SCHLUEP, 770 ff.

³³ Der Investitionsschutz ist nicht Teil der Kundschaftsentschädigung. Kundenwerbung ist Aufwand und nicht Investition: Ungenau JOHANNES VETSCH/HANS CAPAR VON DER CRONE, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 88.

³⁴ Dazu vertiefend III.13.

[Rz 16] Die Offenheit der Schweizer Regelung wurde vom EuGH aber bereits im Jahr 2000 mit Blick auf die Europäische Union im INGMAR-Entscheid relativiert, indem der EuGH den zwingenden Charakter der Schutzbestimmungen zu Gunsten des Handelsvertreters für einen Ausgleich für neu geworbene Kunden gemäss Art. 17–19 der RL Handelsvertreter erkannt hat³⁵. Der Ausgleich ist mit der Schweizer Kundschaftsentschädigung vergleichbar. Seither versagen die Gerichte der Mitgliedsstaaten gar die Anerkennung von Gerichtsständen, wenn das von den Parteien gewählte Recht keinen Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach Vertragsbeendigung kennt.³⁶

[Rz 17] Rechts- und Gerichtsstandswahl sind in Vertriebsverträgen seit 2000 deshalb mit noch mehr Bedacht zu formulieren. Im INGMAR-Entscheid wurde betont, dass die Parteien nicht vor Ablauf des Vertrages von den Schutzbestimmungen des Handelsvertreters abweichen können.³⁷ Die Schutzbestimmungen dienen zudem der Verwirklichung des unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt.³⁸ Einer Gerichtsstandsvereinbarung, die bezweckt, diese Schutzbestimmungen zu vereiteln, versagt der deutsche Bundesgerichtshof die Anerkennung³⁹. Das dürfte der wahrscheinliche Verfahrensausgang auch in andern Mitgliedsländern der EU sein. Ob man die Problematik via Teilnichtigkeit⁴⁰ oder «loi d'application immédiate»⁴¹ bewältigt, bleibt Aufgabe des konkreten Rechtstreites.

[Rz 18] Art. 418u OR ist anwendbares Recht. Für den Agenten taugt die Rechtswahl Schweiz damit auch für europäische Verhältnisse. Dagegen obliegt es weiterhin den Parteien auch nach der bundesgerichtlichen Praxisänderung mit der Bejahung der Kundschaftsentschädigung für den exklusiv verkaufsberechtigten Markenvertreiber im Jahr 2008⁴² nachzuweisen, dass dieser Anspruch für den Alleinabnehmer Teil der Schweizer Rechtsordnung geworden ist, mangels gesetzlicher Regelung.

[Rz 19] Der Bundesrat hat bekanntlich 2014 eine Motion dazu abgelehnt.⁴³ Um die Rechtswahl zu Gunsten des Schweizer Rechts und den Schiedsort Schweiz zu fördern wurde beantragt, Art. 418u OR nur in Ausnahmefällen bei tatsächlicher wirtschaftlicher Abhängigkeit auf Franchise- und Vertriebsverträge anzuwenden.⁴⁴ Die Motion betonte ungenau die wirtschaftliche Abhängigkeit als Aufgreifkriterium und hätte aufgrund der europäischen Rechtsentwicklung zu Ingmar Schweizer Recht und einen Schweizer Gerichtsstand eher weniger attraktiv werden lassen.

³⁵ Urteil des EuGH vom 9. November 2000 C-381/98, EU:C:2000:605, *Ingmar GB Ltd gegen Eaton Leonard Technologies Inc.*, Rn. 21 und 26. Die Verweise zur EU-Rechtsprechung beinhalten neben der neu üblichen ECLI-Zitierweise (European Case Law Identifier) noch ergänzende Angaben, um die Verknüpfung online zu erleichtern.

³⁶ BGH, Beschluss vom 5. September 2012 – VII ZR 25/12, Rz 4.

³⁷ Urteil Ingmar GB, C-381/98, EU:C:2000:605, Rn. 22 unter Verweis auf Art. 19 der RL.

³⁸ Urteil Ingmar GB, C-381/98, EU:C:2000:605, Rn. 24.

³⁹ BGH, Beschluss vom 5. September 2012 – VII ZR 25/12, Rz. 3 f.

⁴⁰ Art. 20 OR.

⁴¹ Urteil Ingmar GB, C-381/98, EU:C:2000:605, Rn. 16 und 19 oder Art. 18 IPRG oder SCHWANDER, *Loi d'application Immédiate, Sonderanknüpfung und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im Internationalen Privatrecht*, Zürich 1974.

⁴² BGE 134 III 497, dazu MEYER, *Entschädigung für neu geworbene Kunden*, NZZ vom 22. Oktober 2008.

⁴³ Motion 12.3855, *Klärung der Anwendung von Artikel 418u des Obligationenrechts auf Vertriebsverträge*, abrufbar unter www.parlament.ch (alle Websites zuletzt besucht am 25. April 2016).

⁴⁴ Vgl. auch II.7.

[Rz 20] Massgeblich für jede Kundschaftsentschädigung ist der vom Abnehmer für den Lieferanten geschaffene Mehrwert für die Zukunft, den der Lieferant abgelten muss.⁴⁵ Andere Argumente, wie etwa eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Abnehmers oder seine besondere Integration in die Vertriebsstruktur des Lieferanten sind für die Analogievoraussetzung nicht direkt massgebend.⁴⁶

[Rz 21] Der Alleinvertriebsvertrag regelt deshalb am besten die Details der Kundschaftsentschädigung.⁴⁷ Folgt man dabei Art. 17 der RL Handelsvertreter ist das Risiko der Nichtanerkennung der Rechtswahl in der Europäischen Union wohl gebannt, soweit sich der zwingende Anspruch für Abnehmer auf eigene Rechnung in der EU auch analog übertragen liesse.⁴⁸ Die einzelnen Kriterien werden nachfolgend noch präzisiert.⁴⁹

[Rz 22] Mit Blick auf Europa und dem Wunsch der EU oder des deutschen Bundesgerichtshofes folgend wird bei klarer Definition der Schutz-Kriterien für die Abgeltung des geschaffenen Vorteils im Vertrag (Kundschaftsentschädigung) sowohl die Rechtswahl als auch die Gerichtsstandsvereinbarung gesichert.⁵⁰ Genau gleich kann eine Schiedsklausel gestaltet und durchgesetzt werden.

[Rz 23] Aufgrund der Einbettung in den Vertriebsrahmenvertrag untersteht der einzelne Kauf nicht dem «Wiener Kaufrecht»⁵¹. Dieses ist auf Vertriebsverträge nicht anwendbar, im Gegensatz zum Warenbezug im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrags.⁵² Um Zweifel zu beseitigen soll dies am besten im Vertriebsvertrag so gesagt werden.

II. Vertragsbeendigung

3. Ordentliche Vertriebsvertragsbeendigung

[Rz 24] Der Vertriebsvertrag begründet im Normalfall ein Dauerschuldverhältnis. Die erfahrenen Vertriebspartner regeln dabei die Beendigungsmodalitäten ihren Bedürfnissen entsprechend selber.

[Rz 25] Beendigungsmodalitäten für einen Vertriebsvertrag sind immer dann anwendbar, wenn nicht lediglich ein Sukzessivlieferungsvertrag⁵³ vorliegt oder wiederholt zwischen den gleichen

⁴⁵ Vgl. dazu II.7, im Gleichlauf mit Art. 17 Abs. 2a Unter-Abs. 1 RL Handelsvertreter.

⁴⁶ Dazu II.7.2.

⁴⁷ MEYER, Der Alleinvertrieb, 330 oder MEYER, Entschädigung für neu geworbene Kunde und vorne II.7.

⁴⁸ Die Kommission hat am 16. Juli 2015 ihren Bericht vorgelegt: «Evaluation of the Council Directive on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (Directive 86/653/EEC)/Refit Evaluation», SWD (2015) 146/F1 (RL Handelsvertreter). Darin kommt sie zum Schluss, die Richtlinie sei effizient für grenzüberschreitende Agenten, deren Kosten vertretbar und die Richtlinie sei in dieser Form weiterhin zwecktauglich, 25.

⁴⁹ Vgl. II.7.

⁵⁰ BGH, Beschluss vom 5. September 2012 – VII ZR 25/12, Rz 4. Mit einer fair vereinbarten Kundschaftsentschädigung ist dem Schutzerfordernis der EU und des BGH höchstwahrscheinlich genüge getan. Das letzte Wort dazu haben die Gerichte.

⁵¹ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, CISG, SR 0.221.211.1, MEYER, Der Alleinvertrieb, 378.

⁵² Art. 73 CISG.

⁵³ MEYER, Der Alleinvertrieb, 134 f.

Parteien gleiche Ware einzeln gekauft wird.⁵⁴ Für die Kauf- und Sukzessivlieferungsverträge gilt ergänzend das OR, besonders bei Leistungsstörungen sind die Rücktrittsregeln ergänzend anwendbar, Art. 107 ff. und 214 OR. Für den Agenturvertrag gelten die gesetzlichen Bestimmungen Art. 418p–418v OR.

[Rz 26] Vertriebsverträge enden nach Ablauf der vereinbarten Dauer. Haben die Parteien vergessen die Dauer oder ein Beendigungsrecht zu stipulieren oder setzen sie das Vertragsverhältnis nach dessen Ablauf stillschweigend fort, sind die ordentlichen Beendigungsmodalitäten aufgrund der Gesamtumstände zu ermitteln. Diese sind zu unterscheiden von der ausserordentlichen Vertragsbeendigung.⁵⁵

[Rz 27] Zur Ermittlung der Beendigungsmodalitäten ist zunächst der Vertrag auszulegen.⁵⁶ Ergibt sich daraus keine Antwort ist der Vertrag zu ergänzen. Es stellt sich die Frage, ob dispositives Gesetzesrecht ergänzend zur Anwendung kommen kann und, falls ja, welche Bestimmungen. Passt keine Bestimmung, ist gar eine Lücke im Sinne der Rechtsfortbildung gemäss Art. 2 Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) zu erwägen.⁵⁷ Dabei betont SCHLUEP «individuell gestaltete Verträge sind nach dem Vertrauensprinzip zu ergänzen, nicht individuell gestaltete dagegen nach dem gesetzlichen Vertragstypenrecht».⁵⁸ Auch das gibt noch keine generelle Antwort auf alle Fragen zur Vertriebsvertragslückenfüllung. Immerhin sind typische Vertriebsverträge typischen Lösungen zuzuführen.⁵⁹

[Rz 28] Für typische Vertriebsverträge ohne vereinbarte ordentliche Beendigungsmodalitäten im unterjährigen Verhältnis ist mit Blick auf Art. 418q Abs. 1 OR das Ende des der Kündigung folgenden Kalendermonats und im überjährigen Verhältnis eine Frist von sechs Monaten angemessen.⁶⁰ Ist die Frist von Art. 418q Abs. 1 OR zu kurz, verlängert sie sich bei klar definierten Investitionspflichten und deren Erfüllung wirtschaftlich via Investitions- und Auslaufschutz angemessen⁶¹. Diese Kündigung beendet den Vertriebsvertrag ex nunc.

[Rz 29] Falsch ist, für die ordentliche Beendigung von Vertriebsverträgen alleine auf die Rücktrittsregeln des allgemeinen Teils des OR zurückzugreifen und den Rahmvertrag zu ignorieren. Die isolierte einmalige Leistungsstörung genügt dafür ohne gehörige Mahnung nicht. Systemwidrig für Dauerverträge ist gar einen wichtigen Grund anzurufen.

[Rz 30] Es gilt der Grundsatz «Pacta sunt servanda». Dagegen ist der wichtige Grund eine isolierte Ausnahmebestimmung, die zudem einen krassen Vertrauensverlust oder Unzumutbarkeit voraussetzt. Dies bedingt ein paar Gedanken zur ausserordentlichen Vertriebsvertragsbeendigung:

⁵⁴ MEYER, Der Alleinvertrieb, 132.

⁵⁵ Vgl. II.4.

⁵⁶ Art. 18 OR.

⁵⁷ Statt aller: WERNER STIEGER, Zur Beendigung des Lizenzvertragsrechts nach schweizerischem Recht, sic!, 1999, 4 f. und SCHLUEP, 781 ff.

⁵⁸ SCHLUEP, 786.

⁵⁹ MEYER, Der Alleinvertrieb, 227 ff., 232.

⁶⁰ AMSTUTZ/MORIN, Rz. 123 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR, CHRISTOPH MÜLLER, Les contrats de distribution, in: BLAISE CARRON/CHRISTOPH MÜLLER, Droits de la consommation et de la distribution, Les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, 79, MEYER, Der Alleinvertrieb, 271 f., SCHLUEP, 846.

⁶¹ Dazu MEYER, Der Alleinvertrieb, 242, 282 f. und 284 f. was zu einer angemessenen Verlängerung der Restlaufzeit mit Blick auf die faire Amortisation der erforderlichen Investitionen führt. Vgl. aber III.11 zum falsch verstandenen Investitions- und Auslaufschutz in KFZ-Bek.

4. Ausserordentliche Vertragsbeendigung

[Rz 31] Die ausserordentliche Vertriebsvertragsbeendigung erfordert ausserordentliche Umstände, etwa erhebliche Leistungsstörungen.

[Rz 32] Vorausschauende Vertriebspartner regeln das Vorgehen bei allen vorhersehbaren Leistungsstörungen detailliert im Vertrag. Sind die Vorkehren ungenügend, helfen unmittelbar oft die Regeln über Mahnung und Verzug weiter.⁶² Im Agenturrecht sind einzelne Aspekte der Leistungsstörung gesetzlich normiert.⁶³ In Vertriebsverträgen sind auch und gerade bei Leistungsstörungen die transaktionale und die relationale Ebene⁶⁴ auseinanderzuhalten. Im Vertriebsvertrag als Rahmenvertrag herrscht auf der übergeordneten relationalen Ebene Interessengleichrichtung zwischen Lieferant und Abnehmer, beide wollen den Markt bestmöglich mit den zu vertreibenden Produkten und Diensten bedienen.⁶⁵ Auf der transaktionalen Ebene, auf der Güter zwischen Lieferant und Abnehmer ausgetauscht werden, sind die Interessen der Parteien unterschiedlich, wenn nicht gar diametral. Die relationale Ebene ist durchaus partnerschaftlich und impliziert Rücksichtnahme und begründet gewisse Treuepflichten, während die transaktionale Ebene den messbaren Leistungsaustausch betrifft. Bei Leistungsstörungen sind die Parteien im Rahmen der übergeordneten Ebene verpflichtet, sich zu Lösungen des transaktionalen Problems zu besprechen.⁶⁶ Eine einzelne Leistungsstörung auf der transaktionalen Ebene kann nicht unmittelbar Grund für die Auflösung der rahmenvertraglichen Bindung bilden, schon gar nicht mit sofortiger Wirkung.

[Rz 33] Für das Vertriebsrecht sind einige Besonderheiten zu beachten. Art. 418r OR regelt die Beendigung aus wichtigen Gründen im Agenturrecht und zwar nur für den Agenturvertrag. Diese Bestimmung verweist in Abs. 2 auf das Arbeitsrecht. Rosinenpicker haben in der Vergangenheit vor Gericht völlig zusammenhangslos etwa plädiert, wenn der wichtige Grund nicht gegeben sei für die sofortige Auflösung des Agenturvertrages, falle der Vertrag trotzdem dahin und die Erfüllungsansprüche wandelten sich in Schadenersatzansprüche.⁶⁷ Der Vertragsrechtler weiss, dass die Kündigungsmodalitäten⁶⁸ im Arbeitsrecht sozialen Ursprungs sind und eine einmalige eng auf das Arbeitsverhältnis bezogene Ausnahme darstellen vom sonst im Vertragsrecht zu beachtenden Grundsatz «Pacta sunt servanda».

4.1. Agenturvertrag

[Rz 34] Entsprechend sind auch im Agenturverhältnis Art. 418r Abs. 2 OR und der Verweis dort sehr eng zu lesen. Beweggrund dazu war, dass der Agent als schutzbedürftige natürliche Person dem Arbeitnehmer Ende der 1940er Jahre durchaus nahe stand, insbesondere wenn er nur einen Auftraggeber hatte, wie etwa der Versicherungsagent. In dieser Situation sind die Stellung von

⁶² Art. 102 ff. OR.

⁶³ Etwa in Art. 418f Abs. 2, 418h, 418m OR.

⁶⁴ MEYER, Der Alleinvertrieb, 331.

⁶⁵ MEYER, Der Alleinvertrieb, 331.

⁶⁶ MEYER, Der Alleinvertrieb, 277.

⁶⁷ Der Verweis gemäss Art. 418r Abs. 2 OR erstreckt sich auf Art. 337c Abs. 1 und 2 OR. Zum Vertriebsvertrag die Analyse von JEAN-PAUL VUILLETY, *Resiliation extraordinaire injustifiée d'une concession de vente en droit Suisse: Poursuite ou fin du contrat?*, SJ 2003, 99 f.

⁶⁸ Art. 334 OR ff.

Agent und Arbeitnehmer wirtschaftlich und rechtlich sehr ähnlich.⁶⁹ Umgekehrt ist kein Platz für all diejenigen Agenten für den Rückgriff auf Art. 418r Abs. 2 OR, denen dieser arbeitsrechtliche Schutz nicht zukommt. Dazu zählen alle juristischen Personen oder Personengesellschaften. Sie sind weder mit dem einzelnen Arbeitnehmer vergleichbar noch entsprechend schutzbedürftig.

[Rz 35] Für juristischen Personen oder Personengesellschaften im Agenturverhältnis sind die normalen Kündigungsfristen gemäss Art. 418q OR in aller Regel angemessen und bleiben zumutbar⁷⁰, solange ihre Stellung nicht der eines einzelnen Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag gleichkommt und zusätzlichen Schutz verdient.

[Rz 36] Der wichtigen Grundes zu fristlosen Vertragsbeendigung ist und bleibt die Ausnahme im Vertragsrecht. Verträge sind zu halten. Das Gesetz anerkennt diese Ausnahmesituation nur in ganz wenigen Fällen, im Arbeitsrecht, Art. 337 Abs. 1 OR, im Auftragsrecht Art 404 Abs. 1 OR⁷¹, im Agenturrecht Art. 418r OR und etwa für die einfache Gesellschaft in Art. 545 Abs. 2 OR.⁷² Gemeinsam und typisch für diese wenigen gesetzlich normierten Fälle ist: Im Arbeits- und im Agenturrecht wurde sie zum Schutz für die natürliche Person, den Arbeitnehmer oder Agenten normiert. Ist eine natürliche Person Vertragspartei, entfällt bei Unzumutbarkeit mit der Anrufung des wichtigen Grundes die Erfüllungspflicht bezogen auf die Arbeitsleistung⁷³ oder Vermittlungstätigkeit⁷⁴ dieser natürlichen Person. Im Auftragsrecht dient die Bestimmung von Art. 404 OR die Geschäftsbeziehung mangels Vertrauen unverzüglich abubrechen, ausser zur Unzeit. Art. 404 OR ist auf Dauerverträge nicht anwendbar.⁷⁵ Idealtypisch waren im Zeitpunkt der Gesetzgebung natürliche Personen Gesellschafter der einfachen Gesellschaft. Heute wird dieses Bild vielleicht durch Arbeitsgemeinschaften für Grossprojekte relativiert.

[Rz 37] Dem wichtigen Grund kommt typischerweise in allen Fällen, in denen eine natürliche Person arbeitnehmergleich Vertragspartei ist⁷⁶ und aufgrund der Nähe der Parteien die Zusammenarbeit zumutbar bleiben muss, die Korrekturfunktion für Dauerschuldverhältnisse zu. In allen anderen Dauerschuldverhältnissen, in denen eine Vertragspartei nicht arbeitnehmergleich eingebunden ist, bleibt für die Anrufung dieses Instrumentes kein Raum. Das gilt auch für Agenturver-

⁶⁹ So sind die zwingenden Vorschriften des Arbeitsrechts anwendbar, wenn die Schutzbedürftigkeit einer der Vertragsparteien dies erfordert. ROLAND A. MÜLLER, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rechtsprobleme der Scheinselbständigkeit, ArbR 2000, 34 f.; BGE 118 II 157.

⁷⁰ MEYER, Der Alleinvertrieb, 277 f.

⁷¹ Im Auftragsverhältnis ist die Beziehung geprägt vom gegenseitigen Vertrauen. Die Beendigung ist zudem erschwert durch den Unzeitvorbehalt Art. 404 Abs. 2 OR. Das enge Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Auftraggeber ist kein Merkmal von Vertriebsverträgen. Vgl. dazu ebenso PETER GAUCH, Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR, SJZ 2005, 520 f. Ebenso bereits für das Agenturrecht: Botschaft vom 27. November 1947 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Agenturvertrag, BBl 1947 III 661, 682 (Botschaft Agenturvertrag) und Urteil des Bundesgerichts 4C.66/2002 vom 11. Juni 2002 E. 2.

⁷² Dabei werden die Bestimmungen von Art. 266g OR und Art. 297 OR für den Tod des Pächters nicht übersehen. Die Situation der Parteien bei der Miete ist aber nicht mit derjenigen von Lieferant und Abnehmer vergleichbar, sondern wiederum aufgrund einer natürlichen Person, des Mieters, gegenüber dem Vermieter wegen der Unzumutbarkeit derjenigen im Arbeitsrecht ähnlich.

⁷³ Art. 337 OR.

⁷⁴ Art. 418r OR.

⁷⁵ GAUCH, Präjudizienbuch OR, Zürich 2012, 520 f. Ebenso bereits für das Agenturrecht: Botschaft Agenturvertrag 682.

⁷⁶ MÜLLER, Les contrats de distribution, 79 spricht vom «principe général» und gibt wohl der Schutzbedürftigkeit in den zitierten Situationen weniger Bedeutung. Das Bundesgericht beurteilt in BGE 122 III 264 einen Mietvertrag für eine Privatperson und in BGE 128 III 429 ist ein zinsloses Darlehen einer Privatperson mit Laufzeiten zwischen zehn und 22 Jahren zu erwägen.

träge, insbesondere aber für praktisch alle Vertriebsverträge. In typischen vertriebsvertraglichen Austauschverhältnissen stellen sich auch bei krassen Leistungsstörungen Fragen des Verzugs und des Rücktritts⁷⁷, nicht aber der Zumutbarkeit!

[Rz 38] Im Jahr 1947 war das Bild des Agenten als natürlicher Person durch dasjenige des Arbeitnehmers geprägt. Die Botschaft zum Agenturrecht⁷⁸ beschreibt dieses idealtypische Bild des arbeitnehmergleichen Agenten wörtlich so: «Da der Agenturvertrag wie der Dienstvertrag auf eine gewisse Dauer abgeschlossen wird, eignen sich die Beendigungsvorschriften des Auftragsrechts für ihn zum Teil nicht».⁷⁹ «Zu den wichtigsten Postulaten der Agenten gehören dagegen besondere Schutzbestimmungen gegen die vorzeitige Auflösung des Vertrags. Der Entwurf stellt in diesem Sinne in Anlehnung an den Dienstvertrag Kündigungsfristen auf und regelt die Ansprüche der Agenten bei Auflösung des Vertrages».⁸⁰

[Rz 39] Nur wenn der Agent eine dem Arbeitnehmer vergleichbare schutzbedürftige Stellung innehat, können die Parteien weder das Recht auf vorzeitige oder fristlose Vertragsauflösung vertraglich wegbedingen noch durch eine abweichende Parteivereinbarung von weniger strengen Voraussetzungen abhängig machen, als vom Vorliegen von wichtigen Gründen, die einer Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen, auch die Umschreibung von wichtigen Gründen für den Richter verbindlich festzulegen, ist ihnen versagt.⁸¹

[Rz 40] Dieses Bild des arbeitnehmergleichen Agenten gibt es ausnahmsweise noch bei gewissen Versicherungsagenten. Sonst sind heute oft auch Agenten als juristische Personen organisiert.

[Rz 41] Zwar lässt der Wortlaut von Art. 418r OR dessen Anwendung auf nichtarbeitnehmergleiche Agenten zu. Die Anwendung ist dem Art. 418r OR aber auf die nichtarbeitnehmergleiche Agentur aufgrund der vorstehend dargelegten historischen Zweckbestimmung zu versagen.

[Rz 42] Schliesslich ist im Agenturvertrag gesetzlich zwingend vom Gleichlauf der Kündigungsmodalitäten auszugehen und es dürfen im Agenturvertrag keine verschiedenen Kündigungsfristen für Lieferanten und Abnehmer verabredet werden.⁸²

4.2. Vertriebsvertrag

[Rz 43] Die Problematik der ausserordentlichen Beendigung von Alleinvertriebsverträgen wurde als Rahmenvertragsproblem mehrfach beschrieben.⁸³ Es sei unnötig auf das Recht des Agenturvertrags zu greifen, um die Kündigung aus wichtigem Grund zuzulassen.⁸⁴ «Das Recht zur Auflösung aus wichtigem Grund ist somit weder aufgrund der Vertragsstruktur im Allgemeinen noch der spezifischen Gestaltung der Verzugsbehelfe notwendiges Merkmal von Dauerschuldverhältnissen».⁸⁵ «Die Vorschriften über die fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen sind zwingen-

⁷⁷ MEYER, Der Alleinvertrieb, 277.

⁷⁸ Botschaft Agenturvertrag, 661ff.

⁷⁹ Botschaft Agenturvertrag, 682.

⁸⁰ Botschaft Agenturvertrag, 682.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.3.1.

⁸² Art. 418q Abs. 3 OR und MEYER, Der Alleinvertrieb, 243.

⁸³ SCHLUEP, 846, MEYER, Der Alleinvertrieb, 240 ff. und HANS CASPAR VON DER CRONE, Rahmenverträge, Zürich 1993, 228 und sorgfältig VULLIET, 91 ff.

⁸⁴ SCHLUEP, 846.

⁸⁵ VON DER CRONE, 228.

der Natur».⁸⁶ Die Liste liesse sich beliebig fortsetzen.⁸⁷ Allein die Lösung bleibt vage. Der Bezug zu den Rücktrittsregeln⁸⁸ ist der atypischen Analogie zu Art. 418q OR⁸⁹ oder gar keiner Regel⁹⁰ für die Anrufung des wichtigen Grundes in allen Fällen vorzuziehen. Atypische Analogien für den wichtigen Grund sind zu unterlassen und Verträge zu erfüllen.

[Rz 44] Die Vertragsparteien in Vertriebsverträgen handeln auf eigene Rechnung und sind selbstständig organisiert, auch wenn sie gewisse Vorgaben des Lieferanten zum Auftritt und zur Vertragserfüllung beachten müssen. In allen Vertriebsverträgen ohne arbeitnehmergleichen Abnehmer ist kein Platz für eine Kündigung aus wichtigem Grund und die bisherige Praxis dazu für Vertriebsverträge. Die Voraussetzungen für eine korrekte Analogie zur Art. 418r OR sind nicht gegeben.⁹¹ Sind also in Vertriebsverträgen mehrheitlich juristische Personen Vertragsparteien, sind diese nie so eng miteinander verbunden, dass das Kriterium der Zumutbarkeit, die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht bis zur nächsten ordentlich möglichen Beendigung zuliesse. Auch eine natürliche Person als Abnehmer ist ihrem Lieferanten nie so nah wie der Arbeitnehmer, aufgrund ihrer eigenen, von ihr zu verantwortenden und ihr gehörenden Struktur. Einer Extremsituation wäre über die *clausula rebus sic stantibus*-Regel zu begegnen. Die Vertriebsvertragsparteien können nicht über den falsch verstandenen wichtigen Grund die Pflicht zur Vertragstreue sinnentleeren, schon gar nicht auf der Austauschenebene, wo derartige Probleme emotionslos und ohne Beantwortung der Frage der Zumutbarkeit über die Verzugsregeln sachgerecht bewältigt sind.⁹²

[Rz 45] Plakatativ falsch ist, in der Migros den arbeitnehmergleichen Abnehmer zu erkennen in einem Vertrag über Sportartikel von Adidas oder der Emil Frey Gruppe gegenüber Tata Group beim Jaguar Land Rover-Vertrieb arbeitnehmergleichen Status zuzuordnen. Die Beispiele sind vielleicht auch nicht ganz typisch, aber sie erleichtern das Verständnis für das Typische. Die wirtschaftlichen Strukturen haben sich gegenüber dem Idealtypus des Agenten in den letzten 65 Jahren verändert. Ungleiches muss ungleich beurteilt werden.

[Rz 46] Sodann ist das Postulat, das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bestehe im Vertragsrecht generell⁹³, zu pauschal.⁹⁴ Im Agenturvertrag gilt Art. 418r OR unbestritten nur für Fälle in denen der Agent als natürliche Person einem Arbeitnehmer vergleichbar ist. In Vertriebsverträgen gilt zunächst die vertraglich von den Parteien gewählte Lösung, soweit sie zu keiner missbräuchlichen Risikoverlagerung unter den Parteien führt. Habe diese vergessen, die ausserordentliche Beendigung zu regeln oder unfaire wichtige Gründe definiert, dann kommt man um eine Gesamt-

⁸⁶ BGE 89 II 35.

⁸⁷ Statt alle die Fundstellen bei AMSTUTZ/MORIN, Rz. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR.

⁸⁸ Ebenso zutreffen VON DER CRONE, 228: «Es besteht insbesondere kein Grund, dem Gläubiger des Dauerschuldverhältnisses den Einsatz von Art. 109 OR als Instrument der Durchsetzung zu verweigern». Dies mit der Einschränkung, die sich aus dem rahmenvertraglichen Treueverhältnis ergibt. MEYER, Der Alleinvertrieb, 277.

⁸⁹ BGE 89 II 35.

⁹⁰ SCHLUEP, weder 846 noch 847.

⁹¹ Ebenso VUILLETY, 108 und AMSTUTZ/MORIN, Rz. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR. Der bereits zitierte BGE 89 II 35 liess sich aufgrund des Wortlautes 1963 damals vertreten. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist der Anwendungsbereich von Art. 418r OR, damals für eine K. G. deutschen Rechts, bei nichtarbeitnehmergleichen Abnehmern einzuschränken.

⁹² Art. 102 ff. OR.

⁹³ AMSTUTZ/MORIN, Rz. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR mit zahlreichen Verweisen unter anderem auf SCHLUEP, 846.

⁹⁴ In der Romandie wird der wichtige Grund für Vertriebsverträge bereits als generelles Prinzip verstanden. Etwa IVAN CHERPILLOD, *La fin des contrats de distribution*, in: *Les contrats de distribution, Quelques aspects juridiques*, Publication CEDIDAC N° 38, Lausanne 1998, 447. Das Prinzip wird durch diese Gedanken relativiert.

beurteilung der Umstände nicht umhin. Dabei gilt aber die Zulassung der sofortigen Auflösung des Vertriebsvertrages aus einem definierten wichtigen Grund als Ausnahme und nicht als Regel. Die isolierte Sozialschutzbestimmung aus dem Arbeitsvertragsrecht via Art. 418r OR geht keinesfalls dem allgemeinen Vertragsrecht und insbesondere dem Grundsatz «Pacta sunt servanda» in Dauerschuldverhältnissen wie dem Vertriebsvertrag vor.⁹⁵ Mindestens sind immer die Verzugs- und Rücktrittsregeln zu beachten.⁹⁶

[Rz 47] Die Kritik etwa von SCHLUEP, dass dann ja immer eine Beendigung ex tunc die Folge sei,⁹⁷ ist nur die halbe Wahrheit.⁹⁸ Die Rücktrittsregeln lassen durchaus Festhalten am Vertrag, Verzicht auf nachträgliche Leistung und Schadenersatz zu⁹⁹! Das ist dann eben der Rücktritt ex nunc oder gemäss VON DER CRONE die Beendigung der Selektionsperiode.¹⁰⁰ Das Bundesgericht folgt diesem Ansatz zu Recht.¹⁰¹

[Rz 48] Deshalb ist der schuldrechtlich besser konzipierte Ansatz der Anwendung der Rücktrittsregeln mit der Konsequenz der Auflösung ex nunc der einseitigen Gestaltungserklärung der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, wie dem Vertriebsvertrag, der Beendigung aufgrund eines vermeintlich wichtigen Grundes vorzuziehen.¹⁰² Denn beim Rücktritt erhält die Gegenseite zumindest eine Chance zur Remedur.¹⁰³ Entsprechend ist Art. 108 OR zunächst eingeschränkt, weil eine Pflicht zur gütliche Einigung sich aus der Rahmenvertraglichen Treuepflicht ergibt – zumindest einmalig!

[Rz 49] Bei der dogmatisch falsch erwogenen Kündigung aus wichtigem Grund, der nicht vorliegt, besteht oft die Gefahr, zu folgern, es sei auch nur noch Schadenersatz und kein Erfüllungsanspruch mehr gegeben.¹⁰⁴ Immerhin wird neuerdings betont, dass die «analoge Anwendung von Art. 418r Abs. 2 ausser Betracht» falle¹⁰⁵. Was heisst, dass sich die Folgen nicht aus dem Arbeitsrecht ergeben dürfen.

[Rz 50] Jeder Bezug zum wichtigen Grund für die ausserordentliche Beendigung eines Vertriebsvertrags mit und ohne Analogie¹⁰⁶ zu Art. 418r Abs. 1 OR ist abzulehnen. Dieser falsche Ansatz ignoriert den Grundsatz. Ihm darf weil schon die Analogie zum wichtigen Grund nur bei arbeitnehmergleichen Situationen zulässig ist, nicht weiter gefolgt werden. Der Vertriebsvertrag hat im Zentrum den Waren- und Dienstleistungsaustausch unter unabhängigen Vertragspartner. Für Kauf- und Sukzessivlieferungsverträge ruft niemand nach dem wichtigen Grund bei Leis-

⁹⁵ MÜLLER, *Les contrats de distribution*, 79 und BGE 99 II 311 E. 5b, der allerdings nur das Nichtvorliegen des wichtigen Grundes erkannte.

⁹⁶ Ebenso zutreffend SCHLUEP, 847 und dort Fn 48.

⁹⁷ SCHLUEP, 846 dort Fn 43.

⁹⁸ «Somit gelangen die Art. 107–109 OR hinsichtlich der darin geordneten Rücktrittsmöglichkeit auf Dauerverträge des OR (abgesehen vom Leibrentenvertrag) nur in dem Sinne zur Anwendung, als die Beendigungserklärung des Verzugsgläubigers nach Beginn der typischen dauernden Hauptleistung stets ex nunc wirkt». PETER GAUCH, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Fribourg 1968, 150.

⁹⁹ Art. 107 Abs. 2 OR.

¹⁰⁰ VON DER CRONE, 228 oder GAUCH, *Beendigung von Dauerverträgen*, 150.

¹⁰¹ Zutreffend BGE 129 III 320 E. 7.1.2 und 7.1.3 mit weiteren Hinweisen zur Lehre und Praxis.

¹⁰² Bestätigend BGE 129 III 328 f.

¹⁰³ MEYER, *Der Alleinvertrieb*, 277.

¹⁰⁴ VULLIETY, 99.

¹⁰⁵ AMSTUTZ/MORIN, Rz. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR.

¹⁰⁶ Dazu AMSTUTZ/MORIN, Rz. 124 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR und die weiteren Zitate dort.

tungsstörungen. Dafür sind die Verzugsregeln gemacht. Das Wahlrecht des Gläubigers gilt es zu wahren!

[Rz 51] Der wichtige Grund wurde in der Vergangenheit unter Anrufung der Analogie für Vertriebsverträge gar missbraucht: Gemäss dem aus der Ökonomie stammenden Ansatz des «efficient breach» mag es wirtschaftlich effizienter sein, einen Vertrag zu brechen und/oder die Erfüllung zu verweigern, um lediglich noch Schadenersatz zu leisten. Der ökonomische Ansatz widerspricht dem kontinentaleuropäischen bereits erwähnten Grundsatz der Vertragstreue¹⁰⁷. Beim Vertragsbruch aus wirtschaftlichen Gründen sucht die Partei ohne weiteres Interesse am Vertrag vordergründig nach sachlich vertretbaren Argumenten zum Ausstieg. Meist geht es dabei aber nur noch um die Regelung der Modalitäten der beabsichtigten sofortigen Beendigung. Deshalb vermag die vertragstreue Partei diesen Ansatz nicht immer sofort zu erkennen. Die Praxis darf dieses Argument durch falsche Analogie auch für die Rechtsfolge bei nicht gegebenem Grund nicht weiter folgen. Es gilt, das Erfüllungsinteresse zu bewahren.¹⁰⁸ Die Erfüllung bleibt den nicht arbeitnehmergleichen Beteiligten immer zumutbar bis zum nächsten ordentlichen Ablauf¹⁰⁹, falls die Rücktrittsregeln eben nicht sofort weiterhelfen. Durch den Ausschluss der Analogie zum wichtigen Grund für typische Vertriebsverträge ist der Missbrauchstatbestand des «efficient breach» dogmatisch bewältigt.

[Rz 52] Den Parteien bleibt somit nur im Vertriebsvertrag ohne spezifische arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit unbenommen, die Gründe für eine ausserordentliche Vertragsbeendigung selber zu definieren¹¹⁰ und bei deren Auftreten dann spezifische Beendigungsmodalitäten eintreten zu lassen¹¹¹. Haben die Parteien vergessen, diesen Punkt im Vertriebsvertrag zu regeln, ist mit Blick auf die Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit kein Platz für eine sofortige Vertragsauflösung.¹¹² Auch bei der Definition von sogenannten einseitigen Ausstiegsklauseln mit sofortiger Wirkung im Sinne wichtiger Gründe in Vertriebsverträgen gilt, dass die definierten Punkte nicht allzu einseitig zu formulieren sind, auch wenn durchaus erlaubt im Einzelfall eine einseitige Erschwerung oder Erleichterung der Auflösung sachgerecht vereinbart wird.¹¹³ Es genügt nicht, ein paar Gründe für die fristlose Auflösung zu nennen, solange diese nicht wirklich triftig sind.¹¹⁴ Die Grenze liegt im Missbrauch der Formulierung derartiger Bestimmungen, welche die Risiken allzu sehr und unangemessen verlagern.

[Rz 53] Haben die Parteien vergessen Leistungsstörungen im Vertriebsvertrag zu regeln und erscheint das Verhältnis allzu sehr belastet, steht den Parteien der Weg offen, den Vertrag auf dem Verhandlungsweg anzupassen oder aufzulösen. Die Verzugsregeln gelten immer im Rahmen der gegenseitigen Treuepflicht. Letztere ergibt sich aus dem Rahmenvertrag, das ist eine typische Besonderheit des Vertriebsvertrages gegenüber dem einfachen Kauf- oder Sukzessivlieferungsvertrag.

¹⁰⁷ «Pacta sunt servanda».

¹⁰⁸ Ebenso VUILLETY, 108 nach Aufarbeitung der Problematik.

¹⁰⁹ MEYER, Der Alleinvertrieb, 277 f.

¹¹⁰ MEYER, Der Alleinvertrieb, zum wichtigen Grund 274 ff.

¹¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_148/2011 vom 8. September 2011 E. 4.4. für einen Franchisevertrag.

¹¹² Ebenso VUILLETY, 108.

¹¹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010 E 1.

¹¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010 E 1. und 1.3 und E 2.2.

[Rz 54] Zusammengefasst ist bei der ausserordentlichen Beendigung auf die getroffene Regelung im Vertriebsvertrag der Parteien abzustellen. Dabei dürfen die Parteien nicht durch eine Regelung der Beendigungsmodalitäten eine missbräuchliche Risikoverlagerung herbeiführen. Es gilt der Grundsatz gleich langer Fristen und vergleichbarer Modalitäten für beide Parteien.

[Rz 55] Statt im Vertriebsvertrag bei fehlender Regelung wichtige Gründe anzurufen, ist auf die Verzugs- und Rücktrittsmodalitäten der Art. 102 ff. des OR zurückzugreifen. Der wichtige Grund vermag nur dann zu greifen, wenn der Agent oder Abnehmer als natürliche Person arbeitnehmergleich ist.¹¹⁵ In allen anderen Fällen ist kein Raum für den wichtigen Grund zur sofortigen Auflösung des Vertriebsvertrages.¹¹⁶ Die vertragstechnische Definition von wichtigen Gründen zur Vertragsbeendigung durch die Parteien ist historisch verständlich, aufgrund des vorstehend Geschriebenen, bleibt aber unglücklich. Eine derartige Definition muss den Regeln der Art. 102 ff. OR folgen und darf nicht derart missbraucht werden, dass sie einer Partei dazu dienen, sich ihrer vertraglichen Verpflichtungen einseitig zu entziehen.¹¹⁷

[Rz 56] Generell sind die Verzugs- und Rücktrittsregeln auch für komplexe Langzeitverträge mit eingebetteten Austauschverhältnissen wie den Vertriebsvertrag zur Bewältigung der Leistungsstörungen geeignet. Das schafft Rechtssicherheit unter den Parteien. Das vage Kriterium der Zumutbarkeit bei der Prüfung eines wichtigen Grundes ist typischerweise auf natürliche Personen zugeschnitten und verunsichert alle anderen Parteien nur unnötig. Die einzelne natürliche Person ist nur noch in Ausnahmefällen arbeitnehmergleich als Abnehmer tätig.

4.3. Beendigung bei Franchise- und Lizenzverträgen

[Rz 57] Ob die vorstehenden Gedanken zur ausserordentlichen Beendigung von Vertriebsverträgen auch auf typische Franchise- oder Lizenzverträge übertragbar sind, ist wie immer im Einzelfall und aufgrund der Gesamtumstände zu klären. Typische Franchisen sind wohl für den Analogieausschluss zum wichtigen Grund und die Rücktrittsregeln eher geeignet, solange regelmässige Leistungen ausgetauscht werden. Beim Lizenzvertrag helfen die Rücktrittsregeln wenn man etwa den Rechtserhalt des Immaterialgutes und des Know-hows auch als Dauerleistung auffasst. Stellt der «Lieferant» und Lizenzgeber in der Regel zu Beginn sein Know-how bereit, entfällt der auf Dauer ausgerichtete Leistungsaustausch, der für diese Analogie wichtig bleibt.¹¹⁸ Allen dreien bleibt gemeinsam, dass Vertrieb, Franchise und Lizenz langfristige, strukturierte Vertragsbeziehungen schaffen, bei denen immer seltener einzelne natürliche Personen Vertragspartei sind.

5. Teilkündigung

[Rz 58] Viele Verträge haben nicht nur ein Produkt oder ein Absatzgebiet zum Gegenstand. Hin und wieder stellt sich dabei die Frage der Teilkündigung. Dieser Punkt ist im Vertrag zu regeln oder auszuschliessen. Ging das vergessen, ist die Gesamtbeziehung zu betrachten. Oft werden

¹¹⁵ Die frühere Auffassung (MEYER, Der Alleinvertrieb, 274 ff.) zum wichtigen Grund ist aufgrund dieser Gedanken verfeinert.

¹¹⁶ VUILLETY, 99–108.

¹¹⁷ MEYER, Der Alleinvertrieb, 277.

¹¹⁸ Zum Lizenzvertrag: STIEGER, 4 ff.

Produktgruppen gebildet, um neben Schnelldrehern weitere Produkte zu verkaufen¹¹⁹, die sich isoliert weniger oder gar nicht präsentieren oder verkaufen lassen. Das muss möglich sein, um Nischenprodukte überhaupt zu vertreiben. Umgekehrt will vielleicht der Lieferant plötzlich sein Luxusprodukt nicht mehr dem Abnehmer der Volumenprodukte liefern, weil er einen Boutiquevertreiber als besseren Kanal erachtet.

[Rz 59] Haben die Parteien derartige Fälle nicht vorgesehen und können sie sich nicht auf dem Verhandlungsweg einigen, gilt dass die Verträge zu erfüllen bleiben und Anpassungen mangels Konsens via (Änderungs-)Kündigung zu regeln sind. Sicher darf man auf beiden Seiten kein einseitiges Rosinenpicken tolerieren, selbst wenn sich eine Partei dieses Recht der einseitigen Vertragsänderung so vorbehalten hat, ohne auf die Kündigungsfristen Rücksicht zu nehmen. Auch die Aushöhlung des Bezugsrechts durch die Vorspiegelung von Kapazitäts- oder Lieferengpässen ist nicht zu tolerieren. Kann der Lieferant liefern, muss er liefern.¹²⁰

6. Konkurrenzverbote

[Rz 60] Der Agent untersteht dem Konkurrenzverbot gemäss Art. 418d Abs. 2 OR¹²¹: Diese Bestimmung verweist wie Art. 418r Abs. 2 OR auch auf den Dienstvertrag und hat wieder den Agenten als natürliche Einzelperson im Blick. Dort wo der Agent nicht Einzelperson, sondern Unternehmen ist, ist die Frage berechtigt, die historisch im Arbeitnehmerschutz begründete Karrenzentschädigung zu relativieren.¹²² Allerdings steht der Text von Art. 418d Abs. 2 OR dem heute entgegen. Denkbar ist, dass man den Grund des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes nennt, um die Kundschaft zu bewahren und via Abgeltung eben dieser neu erworbenen Kundschaft eine Teilsumme der Karrenzentschädigung durch Vereinbarung zuweist.

[Rz 61] Die Praxis im Vertriebsvertrag dazu ist offener¹²³ und die Wegbedingung der Karrenzentschädigung zulässig.¹²⁴ Das Zürcher Obergericht hat gegen die Anwendung des Art. 418d OR auf den Vertriebsvertrag dessen singulären Charakter betont.¹²⁵

[Rz 62] Im Agenturvertrag war die frühere Lehre gegen eine Kumulation von Kundschafts- und Karrenzentschädigung.¹²⁶ In Einzelfällen mag sie aber gerechtfertigt sein.¹²⁷ Jüngste Entscheide dazu fehlen.¹²⁸

¹¹⁹ So war es für Ferrari-Händler üblich pro Ferrari eine gewisse Anzahl Maseratis zu beziehen. Solange es auf der Handelsstufe zwischen Lieferant und Abnehmer darum geht, dass der Abnehmer eine abgerundete Produktpalette anbietet, dürfte darin wohl kein Kartellrechtsverstoss liegen (Art. 7 Abs. 2 f. KG, Koppelungsverträge, «Tying»), sollte es für Ferraris keine Substitute geben.

¹²⁰ MEYER, Der Alleinvertrieb, 341.

¹²¹ Vgl. auch III.11.

¹²² Vgl. auch III.11.

¹²³ MEYER, Der Alleinvertrieb, 292, AMSTUTZ/MORIN, Rz. 127 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR.

¹²⁴ MEYER, Der Alleinvertrieb, 292 f.

¹²⁵ ZR (78) 1979, Nr. 67.

¹²⁶ GAUTSCHI, Rz. 6b zu Art. 418d.

¹²⁷ MEYER, Der Alleinvertrieb, 329, WETTENSCHWILER, Rz. 9 zu Art. 418d, BÜHLER, Rz. 42 zu Art. 418d.

¹²⁸ WETTENSCHWILER, Rz. 9 zu Art. 418d.

7. Kundschaftsentschädigung ist Abgeltung des geschaffenen Vorteils

[Rz 63] Die folgenden Gedanken sollen der zwingenden Gesetzesbestimmung von Art. 418u OR etwas klarere Konturen verleihen, damit ihr in der Praxis nicht weiterhin willkürlich die Anwendung versagt bleibt.¹²⁹

[Rz 64] Vorab ist die Kundschaftsentschädigung keine Entschädigung für einen nicht genannten Schaden, sondern eine originäre Gegenforderung in Anerkennung der Leistung des Agenten, der dem Lieferanten einen Mehrwert geschaffen hat, von dem dieser in der Zukunft profitiert.¹³⁰ Auch der EuGH hat im Dezember 2015 klar zwischen dieser Abgeltung für den geschaffenen Vorteil und anderen Ansprüchen des Agenten klar unterschieden.¹³¹

7.1. Agenturvertrag

[Rz 65] Bei der «Abgangsentschädigung» ging es gemäss Botschaft 1947 darum, dass «der Agent, nachdem er in jahrelanger Arbeit für eine Unternehmung den Kundenstock aufgebaut hat, ohne jede Entschädigung «auf die Strasse gestellt» werden könne, während die Unternehmung weiter von seiner Werbetätigkeit profitiere. Tatsächlich repräsentiert die Kundschaft nicht selten einen erheblichen wirtschaftlichen Wert, da viele Kunden ihre Bestellungen während Jahren immer wieder zu erneuern pflegen».¹³²

[Rz 66] Gleiches ist also gleich zu beurteilen. Bei der Abgeltung für den vom Abnehmer dem Lieferanten geschaffenen Vorteil geht es um einen Werteausgleich für ein Aktivum, das aufgrund der zu vertreibenden Vertriebsvertragsleistungen bei der Beendigung des Vertriebsvertrages vom Abnehmer auf den Lieferanten übergeht!

[Rz 67] Der Gesetzeswortlaut, Entwurf Art. 418s OR, lautete gemäss Botschaft: «Bei der Auflösung des Agenturverhältnisses hat der Agent Anspruch auf eine angemessenen Entschädigung, wenn er durch seine Tätigkeit, den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat und diesem oder seinem Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit der erworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses Vorteile erwachsen».¹³³

[Rz 68] GAUTSCHI hat zutreffend bereits 1964 erkannt: «Die Gestalt der Kundschaftsentschädigung widerspiegelt den parlamentarischen Kompromiss, der zwar der Bestimmung einiges von ihrer ursprünglichen Schärfe genommen hat. Doch ist ein Gebilde entstanden, das auf mehreren unsicheren oder schwer zu ermittelnden Kriterien und letzten Endes auf das richterliche Ermessen und abstellt».¹³⁴ Er geht dann weiter und verkürzt den Inhalt von Art. 418u OR auf: «Der Richter kann, wo es der Billigkeit entspricht, dem Agenten, dessen Vertrag ohne sein Verschulden

¹²⁹ WETTENSCHWILER, Rz. 14 zu Art. 418u.

¹³⁰ Ebenso zutreffend MÜLLER, Les contrats de distribution, 72 und BGE 134 III 500 oder VETSCH/VON DER CRONE, 87, dort ungenau der Verweis auf Investitionsschutz 88. Für die EU-Abgrenzung Ausgleichszahlung/Schadenersatz: Urteil des EuGH vom 3. Dezember 2015 C338/14, EU:C:2015:795, *Quenon K. SPRL gegen Beobank SA und Metlife Insurance SA*.

¹³¹ Urteil *Quenon*, C338/14, EU:C:2015:795, Rn. 20 ff., 36 ff. und Dispositiv.

¹³² Botschaft Agenturvertrag, 684 zu Art. 418s.

¹³³ Botschaft Agenturvertrag, 692.

¹³⁴ GAUTSCHI, Rz. 1d zu Art. 418u OR.

aufgelöst wurde, eine angemessene Abgangsentschädigung von höchstens einem Nettjahresverdienst zusprechen».¹³⁵

[Rz 69] In der parlamentarischen Beratung kamen mit fünf Ergänzungen vier weitere Hürden in den Gesetzestext, die so in der Botschaft nicht vorgesehen waren: 1. Der Vorteil des Lieferanten muss «erheblich» sein, 2. die Entschädigung darf «nicht unbillig» sein, 3. der Anspruch ist zwingend, 4. die Obergrenze ist der «Nettojahresverdienst» und 5. der Agent hat nicht den Grund für die Auflösung zu vertreten.¹³⁶

[Rz 70] Der Gesetzgeber wollte den erheblichen Wert des Kundenstocks unabdingbar abgelten lassen, sofern die gesetzlichen vier Hürden überwunden sind. Die Hürde der Billigkeit ist keine Liste, die alle bisher zum Thema bekannten Argumente umfasst. Die Billigkeit ist nicht Voraussetzung¹³⁷ sondern Korrelat für krasse Fälle angesichts der anderen Hürden.

[Rz 71] Die einzelnen Kriterien werden in ihrer Vielzahl heftig kritisiert.¹³⁸ Es bleibt einfach, jedem noch so erfolgreichen Agenten die Kundschaftsentschädigung aufgrund der schlechten Formulierung von Art. 418u OR vorzuenthalten. Davon zeugt die verwirrlige Praxis zum Agentenrecht.¹³⁹ Diese taugt nicht, um dem Zweck von Art. 418u OR nachzuleben.¹⁴⁰ Gekürzt wurde immer¹⁴¹!

[Rz 72] Bei Markenprodukten des wiederkehrenden Bedarfs liegt der Vorteil in aller Regel beim Lieferanten. Der Vorteil ist im Einzelfall relativiert, wenn der Abnehmer weiterhin mit Substitutionsgütern des ehemaligen Lieferanten handelt.¹⁴² Auch hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob er dies bereits vorher durfte und machte oder nicht.

[Rz 73] Wirtschaftlich betrachtet, hat der Lieferant immer erhebliche Vorteile, wenn sein Agent ausscheidet, wenn ihm nicht der ganze Kundenstamm wegbricht! Falsch ist, Erheblichkeit erst zu erkennen wenn 100% der Kunden oder nur schon 40–60% der Kunden bei ihm verbleiben. Ersteres wäre traumhaft und kommt im richtigen Leben nicht vor¹⁴³ und zweites ist je nach Branche bereits der bestmögliche Fall.

[Rz 74] Die konkrete Leistung von Vertriebsmittlern ist immer mit Blick auf die harten Marktzahlen zu messen. Die meisten Agenten arbeiten bereits sehr gut, wenn es ihnen gelingt einen bestehenden Kundenstamm mindestens zu halten und nicht zu verringern. Juristen verkennen oft, dass die meisten Konsumgüter in gesättigten Märkten vertrieben werden. Da ist Wachstum

¹³⁵ GAUTSCHI, Rz. 1d zu Art. 418u.

¹³⁶ Vgl. Wortlaut des aktuellen Art. 418u OR.

¹³⁷ WETTENSCHWILER, Rz. 12 wertet die Unbilligkeit als Anspruchsvoraussetzung. Eine Anspruchsvoraussetzung ist entweder gegeben oder nicht. Sie soll nicht im Ermessen des Richters liegen. WETTENSCHWILER, Rz. 9 zu Art. 418u. Das schafft Unsicherheit. Deshalb wird hier die Meinung vertreten, dass die Billigkeit keine vage Voraussetzung sondern Korrelat für krasse Fälle sein soll. Der Ansatz, dass dann auch noch die Angemessenheit bei der Bemessung wiederum im Freien Ermessen des Richters liegen soll (WETTENSCHWILER, Rz. 14 zu Art. 418u) würde dann das Ermessen verdoppeln. Das ist abzulehnen.

¹³⁸ GAUTSCHI, Rz. 3–6 zu Art. 418u.

¹³⁹ Statt aller etwa WETTENSCHWILER, Rz. 1–13 zu Art. 418u oder GAUCH, Präjudizienbuch OR, zu Art. 418u OR.

¹⁴⁰ Ebenso WETTENSCHWILER, Rz. 14 zu Art. 418u.

¹⁴¹ Statt aller BGE 102 II 277, BGE 84 II 166, und krass gar BGE 84 II 542 mit einer Reduktion um 5/6. In Betracht für die Kürzung kämen etwa hohe Vergütungen während des früheren Vertragsverhältnisses, dessen lange Dauer oder besonders günstige Fürsorgeleistungen des früheren Arbeitgebers. BGE 84 II 533 und 541, WETTENSCHWILER, Rz. 1 zu Art. 418u, ebenso bei entgangenen Umsätzen des Abnehmers: RJN 2013 228 ff.

¹⁴² BGE 103 II 277 E 3.

¹⁴³ Objektiv Unmögliches zu fordern widerspricht bekanntlich dem Geist des Obligationenrechts: Art. 119 OR.

nicht selbstverständlich. In spezifischen Märkten geht das Volumen gar zurück.¹⁴⁴ Geringe Zuwächse von 2–5% seit dem Eintritt des Absatzmittlers in das Vertriebssystem sind deshalb meist bereits als erheblich einzustufen gemäss Art. 418u Abs. 1. OR.

[Rz 75] Vereinzelt wurden in der Praxis hohe Provisionen und dergleichen zur Kürzung herangezogen.¹⁴⁵ Auch hier gilt es zu beachten ob das branchenüblich oder die Ausnahme war. Im ersten Fall liegt kein Grund für eine Kürzung vor. Hohe Provisionen oder Gewinnmargen sind in gewissen Vertriebssystemen immanent.

[Rz 76] Auch die Sogwirkung¹⁴⁶ der Marke ist kein Argument gegen die Entschädigung. Der Lieferant zieht einen Vertriebsmittler ja gerade bei, weil er es sich selber noch nicht leisten will oder kann, in den Markt zu gehen. Das hängt auch damit zusammen, dass die Produkte meist in diesem konkreten Markt noch wenig bekannt sind. Der Abnehmer übernimmt damit den Aufbau und schafft erst eine Kundschaft für diese Produkte im neu zu erschliessenden Gebiet¹⁴⁷. Einzige Ausnahme ist vielleicht die neue Luxusgüterboutique-Kette, die in einem Touristenort eröffnet wird und saisonal Kundschaft bedient, die aus anderen Märkten stammt, in denen der Lieferant oder andere Abnehmer für ihn tätig sind. Diese Sonderstellung kann im Einzelfall identifiziert und fair berücksichtigt werden, zumal der Abnehmer ja das ganze Jahr tätig ist und die Touristen nur im Winter oder zu einer anderen beschränkten Zeit und nicht das ganze Jahr da sind. Im Ausland wird die Sogwirkung für die Reduktion dann angerufen, wenn der Lieferant, wie etwa im Automobilvertrieb, massgebliche Absatzanstrengungen für die Marke selber erbringt. Dennoch werden solche Neukunde immer auch Kunden aufgrund der Verkaufsanstrengungen der Abnehmer.¹⁴⁸ Der Verkauf beratungsintensiver und After-Sales-Service erfordernder Produkte ist immer das Verdienst des Abnehmers, der gut berät und Produkte auch nach dem Kauf wartet. Die Sogwirkung der Marke kann also nur in diesen Situationen als Kriterium für den Umfang der Entschädigung berücksichtigt werden, in denen der Lieferant eben auch eine namhafte Eigenleistung für das Markenimage im relevanten Markt des Abnehmers tatsächlich erbringt.¹⁴⁹ Nur banale Markenartikel ohne After-Sales-service-Bedarf werden meist ohne Rücksicht auf die Person des Verkäufers erworben.¹⁵⁰ Damit ist die Sogwirkung in wenigen Einzelfällen mitzubeherrschenden, aufgrund der sorgfältig analysierten Aufgabenteilung für die Erarbeitung und Erhaltung des Markenimages im betroffenen Markt. Sie ist nie pauschal Argument zur Kürzung. In Deutschland werden dafür Abzüge von 10–25% angenommen.¹⁵¹ Hauptaufgabe des Richters bleibt, den Kausalzusammenhang zwischen der werbenden Tätigkeit des Abnehmers und der dem Lieferanten zurechenbaren Sogwirkung für seinen Ermessensentscheid sorgfältig zu prüfen.¹⁵²

¹⁴⁴ Vgl. etwa die Zahlen der Eidgenössischen Alkoholverwaltung zum Bier- oder Weinmarkt.

¹⁴⁵ WETTENSCHWILER, Rz. 4–14 und die dortigen Fundstellen oder die zitierte Praxis II.7.

¹⁴⁶ Zum Begriff vertiefend: MEYER, Der Alleinvertrieb, 308 f.

¹⁴⁷ MEYER, Der Alleinvertrieb, 309.

¹⁴⁸ MEYER, Der Alleinvertrieb, 309.

¹⁴⁹ Zur Sogwirkung in Deutschland etwa: BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rz. 52 ff.

¹⁵⁰ MEYER, Der Alleinvertrieb, 309.

¹⁵¹ BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rz. 52 mit Hinweisen.

¹⁵² BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rz. 52.

[Rz 77] In Fällen in denen der Lieferant tatsächlich keinen Gebrauch von der neu erworbenen Kundschaft macht, fehlt dann eben auch die positive Voraussetzung für den Anspruch.¹⁵³ Konkret musste der Lieferant die ihm vom Abnehmer überlassenen Kundendaten bei Beendigung des Vertrags sperren, ihre Nutzung einstellen und auf Verlangen des Abnehmers löschen. Der BGH hat damit seine frühere Praxis bestätigt.

[Rz 78] Gleiches gilt, wenn der Abnehmer die Produkte unter seiner eigenen Marke vertreibt. Dann hat der Alleinabnehmer bei Vertragsbeendigung keinen Anspruch auf die Kundschaftsentschädigung, weil der Lieferant keinen wesentlichen Vorteil nach Vertragsbeendigung aus dem vom Abnehmer für seine eigenen Markenprodukte gewonnenen Kundenstamm zieht.

[Rz 79] Jede Entschädigung hat ein Kostendach.¹⁵⁴ Gelingt dem Agenten oder dem Abnehmer der Nachweis, dass dem Lieferanten daraus erheblicher Nutzen erwächst, und hat er die Vertragsbeendigung nicht zu vertreten, dann ist der Anspruch zwingend geschuldet.¹⁵⁵ Das Billigkeitsargument darf nur in krassen Fällen noch weiter korrigieren. Angesichts der vielen Anspruchsvoraussetzungen, für die alle der Abnehmer die Beweislast trägt, kommt der Korrektur über die Billigkeit fairerweise nur Rechtsmissbrauchsfunktion zu und so ist sie auch anzuwenden.

[Rz 80] Läuft der Agenturvertrag aus oder kündigt ihn eine Partei ordentlich, liegt darin kein Verschulden. Es bleibt abwegig, zu argumentieren, der ordentlich kündigende Agent habe die negative Voraussetzung von Art. 418u Abs. 3 OR zu vertreten. «Die Auflösung eines bestimmten befristeten Agenturvertrages, hat weder der Agent noch der Auftraggeber zu vertreten¹⁵⁶».

[Rz 81] «Dass ein Unternehmer doppelt belastet wird, wenn er für die Umsätze mit Stammkunden nicht nur dem Handelsvertreter einen Ausgleich, sondern auch dessen Nachfolgern Provisionen zahlen muss, ist zwangsläufige Folge dieses Anspruchssystems».¹⁵⁷ Diese allgemeinnotorische Tatsache war bei der Gesetzgebung bereits bekannt und ist kein Argument dagegen. Differenziert verkaufen einige Lieferanten den Kundenstamm an den neuen Abnehmer.¹⁵⁸

[Rz 82] Gelingt es dem Agenten erst die Voraussetzungen von Art. 418u Abs. 1 OR nachzuweisen, ist äusserste Zurückhaltung geboten beim Vorwurf des Verschuldens gemäss Art. 418u Abs. 3 OR.¹⁵⁹ Der Agent hat gemäss Abs. 3 des Art. 418u OR seinen Anspruch wohl nur in Fällen groben Verschuldens gänzlich verwirkt.¹⁶⁰

7.2. Vertriebsvertrag

[Rz 83] Im Vertriebsvertrag gilt das vorstehend zur Vorteilsabgeltung des Agenten geschrieben genau gleich. Will man dem Abnehmer einen Anspruch auf eine Vergütung für den für den Lie-

¹⁵³ Dazu zuletzt BGH, Urteil vom 15. Februar 2015 – VII ZR 315/13, Regest.

¹⁵⁴ Nettojahresverdienst, Art. 418u Abs. 2 OR.

¹⁵⁵ Nur der Agent im Nebenamt hat keinen zwingenden Anspruch auf eine Kundschaftsentschädigung, 418a Abs. 2 OR.

¹⁵⁶ GAUTSCHI, Rz. 7b zu Art. 418u, WETTENSCHWILER, Rz. 3 zu Art. 418u. Unzutreffend MAIER, Das Handelsvertreterrecht in der Schweiz, in: MAIER ET AL., Der Handelsvertreter in den Ländern der EWG und der EFTA, Baden-Baden 1976, 368.

¹⁵⁷ BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rz. 20.

¹⁵⁸ MEYER, Der Alleinvertrieb, 326.

¹⁵⁹ Ist die Entschädigung vereinbart, die keine Formulierung gemäss Art. 418u Abs. 3 OR enthält, besteht kein Raum für die diesbezügliche Analogie, Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010 E. 1.2 und 1.3.

¹⁶⁰ Ebenso BÜHLER, Rz. 60 zu Art. 418u und WETTENSCHWILER, Rz. 3 zu Art. 418u.

feranten geschaffenen Vorteil zukommen lassen, ist dieser geschuldet, wenn die positiven Voraussetzungen nachgewiesen sind.

[Rz 84] Versteht man die Bestimmung des Art. 418u OR als Abgeltung des geschaffenen Vorteils, dann ist in erster Linie der Vorteil zu prüfen, gefolgt von der Erheblichkeit und der Auflösung, die nicht der Abnehmer zu vertreten hat. Dann braucht es keine Billigkeitserwägungen mehr. Denn das derart Nachgewiesene kann per se kein krasses Ergebnis mehr sein! Dies ist allgemein-
notorisch.

[Rz 85] Die Frage ob der Abnehmer schutzbedürftig sei¹⁶¹, spielt weder eine Rolle unter dem Billigkeitsargument gemäss Art. 418u OR noch für die analoge Gewährung des Anspruches für einen Abnehmer im Vertriebsvertrag. das gleich gilt für das Kriterium der Integration.¹⁶² Es kommt bei der Analogiebildung zu Art. 418u OR auf den Vorteil und nicht auf den Grad der Integration des Abnehmers¹⁶³ in die Struktur des Lieferanten an.

[Rz 86] Bei der Integration oder Einbindung¹⁶⁴ ist lediglich danach zu fragen, ob die Parteien untereinander keinen reinen Sukzessivlieferungsvertrag geschlossen haben. Im Agenturvertrag steht der Agent dem Auftraggeber ja auch näher als der Kommissionär. Regelt der zu prüfende Vertriebsvertrag mehr als ein reines Sukzessivlieferverhältnis, ist der Abnehmer etwa über die gegenseitige Exklusivität bereits rahmenvertraglich fest in die Struktur des Lieferanten eingebunden.¹⁶⁵ Dieses Kriterium darf nicht überdehnt werden.¹⁶⁶

[Rz 87] Das Bundesgericht hat 2008 endlich die Analogiefähigkeit des Art. 418u OR für Alleinvertriebsverträge anerkannt.¹⁶⁷ Seither ist mit zwei Ausnahmen keine weitere Gerichtspraxis zum Thema publiziert worden.¹⁶⁸

[Rz 88] Eine Motion zur Anwendbarkeit des Art. 418u OR für Vertriebsverträge wurde vom Bundesrat 2012 abschlägig beantwortet¹⁶⁹ und 2014 durch den Nationalrat abgelehnt. Der Bundesrat zitiert:¹⁷⁰ «Das Bundesgericht hat entschieden, diese Bestimmung auf den – gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten – Alleinvertriebsvertrag analog anzuwenden, wenn sich die wirtschaftliche Situation des Alleinvertreters im konkreten Fall mit derjenigen des Agenten vergleichen lässt, na-

¹⁶¹ Botschaft Agenturvertrag, 684 f. zu Art. 418s. Dieser Punkt ist mit keinem Wort erwähnt, während er genau umschrieben ist bei der Kommentierung des Art. 418q für die Auflösung aus wichtigem Grund. Dazu auch II.4. Unge-
nau mit Blick auf die Analogievoraussetzungen VETSCH/VON DER CRONE, 93.

¹⁶² BGE 134 III 501 nennt dieses Kriterium wohl indem dort einfach einige Literaturstellen zum Thema übernommen werden.

¹⁶³ AMSTUTZ/MORIN, Rz. 126 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR zum Argument der Integration mit Hinweisen. Der Denkfehler dort liegt in der unzulässigen Analogie zum arbeitnehmergleichen Agenten. Im Urteil des Bundesgerichts 4C.130/2004 E. 3 vom 18. Juni 2004 ging es bekanntlich um Art. 418g OR und die Frage, ob eine exklusive Lieferpflicht bestand (Sachverhalt C). Hat man dies vergessen, hat der Abnehmer keinen Anspruch. Der Parteivortrag zu einer möglichen Analogie ist falsch, das Urteil in diesem Punkt richtig.

¹⁶⁴ BGE 134 III 501 E 4.2.1.

¹⁶⁵ MEYER, Der Alleinvertrieb, 312.

¹⁶⁶ MEYER, Der Alleinvertrieb, 118, Exklusivität genügt als Analogievoraussetzung 312.

¹⁶⁷ BGE 134 III 497 ff. und die Besprechung MEYER, Entschädigung für neu geworbene Kunden, NZZ vom 22. Oktober 2008.

¹⁶⁸ Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 14. Mai 2013, RJN 2013 221 und Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010.

¹⁶⁹ Vgl. vorne I.2.

¹⁷⁰ BGE 134 III 497.

mentlich wenn der Alleinvertriebsvertrag dieselbe wirtschaftliche Interessenverteilung aufweist und die betroffene Partei ein mit dem Agenten vergleichbares Risiko trägt».¹⁷¹

[Rz 89] Der Bundesrat antwortete damals: «Ob sich die wirtschaftliche Situation des Alleinvertreters mit derjenigen des Agenten vergleichen lässt und damit eine analoge Anwendung von Artikel 418u OR in Betracht kommt, ist immer aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden (BGE 134 III 497 E. 4.3). Das Bundesgericht hat eine Reihe von Kriterien aufgestellt, die für eine Abgrenzung herangezogen werden können. Damit wurde die für die Praxis notwendige Rechtssicherheit geschaffen; für eine Regelung im Gesetz besteht zurzeit kein Bedürfnis. Eine gesetzliche Regelung würde ausserdem einer anwendungsfallbezogenen Weiterentwicklung der Rechtsprechung entgegenstehen und der Vielfalt der in der Praxis bestehenden Vertragsverhältnisse nicht gerecht werden. Hinzuweisen ist weiter darauf, dass es den Vertragsparteien unbenommen ist, einen Alleinvertriebsvertrag so auszugestalten, dass eine analoge Anwendung von Artikel 418u OR nicht in Betracht kommt».¹⁷²

[Rz 90] Soweit der Stand der Diskussion zur analogen Anwendung des Art. 418u auf Vertriebsverträge in der Schweiz. Für die EU gilt Art. 17 RL Handelsvertreter und das daraus abgeleitete nationale Recht der Mitgliedsstaaten¹⁷³ sowie die Praxis zum Vertragshändler.¹⁷⁴

[Rz 91] Die Praktiker sind aufgerufen, bei der Prüfung der Voraussetzung Fairness walten zu lassen und auf Kürzungen zu verzichten, wenn es dem Agenten gelungen ist, die erheblichen Vorteile des Prinzipals überzeugend darzulegen. Unbilligkeit dürfte wohl nur in krassen Fällen anzunehmen sein und auch dort nur zurückhaltend. Was sind etwa besonders hohe Provisionssätze bei Billigkeitsüberlegungen, wenn der Richter meist die betroffene Branche und deren Gepflogenheiten gar nicht kennt?¹⁷⁵

[Rz 92] Man mag heute weiterhin den Zweck von Art. 418u OR ignorieren und sowohl Agent als auch Abnehmer mit allen zur Verfügung stehenden Argumenten jede fair geschuldete Entschädigung kürzen oder meist vorenthalten. Wünschbar ist, durch klar bestimmte vorhersehbare Kriterien recht zu diesem Thema vom Richter zu erlangen. Dabei sind die Parteivertreter genauso in der Pflicht. Der schlecht vorgetragene Fall schafft kein gutes Recht.

[Rz 93] Es geht nicht darum nun masslose Kundschaftsentschädigungen zu fordern und zuzusprechen. Vielmehr soll der Blick sich auf das Wesentliche konzentrieren, um dem Gesetz die verdiente Nachachtung zu verschaffen. Obergrenze für die Abgeltung des erschafften Vorteils wird immer ein dem Abnehmer zurechenbarer Netto-Jahresverdienst bleiben. Bei der Berechnung sind die strukturellen Unterschiede zwischen Agent und Abnehmer zu berücksichtigen – und nicht Äpfel mit Birnen gleichzusetzen. Aus dem Gesamtzusammenhang des Vertriebsvertragsverhältnisses sind nie Unsummen geschuldet. In krassen Fällen müssen diese auch gekürzt werden. Für die Kürzung sind aber sachlich gerechtfertigte Kriterien heranzuziehen und nicht Branchenunverstand oder willkürliche Billigkeit.

¹⁷¹ Motion 12.3855, Klärung der Anwendung von Artikel 418u des Obligationenrechts auf Vertriebsverträge, Stellungnahme abrufbar unter www.parlament.ch.

¹⁷² Motion 12.3855, Klärung der Anwendung von Artikel 418u des Obligationenrechts auf Vertriebsverträge, Stellungnahme, abrufbar unter www.parlament.ch.

¹⁷³ Vgl. dazu vorne die Würdigung I.2.

¹⁷⁴ Dazu MARTINEK, § 20 Abschnitt I.5.

¹⁷⁵ WETTENSCHWILER, Rz. 10 zu Art. 418u.

[Rz 94] Dem reinen Ausschluss der Kundschaftsentschädigung beim Alleinabnehmer steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen.¹⁷⁶ Erfahrene Vertriebspartner regeln die Details der Kundschaftsentschädigung am besten im Vertrag mit Blick auf ihre Branchenkenntnis.¹⁷⁷

[Rz 95] Die vorstehenden Gedanken erleichtern das Verständnis und möglicherweise die Rechtsicherheit bei der fairen Abgeltung des geschaffenen Vorteils und damit die Vorhersehbarkeit für Lieferant und Abnehmer, auch wenn sie diesem Punkt nicht die notwendige Beachtung bei der Vertragsredaktion geschenkt haben. Zudem folgt dieses Verständnis der Harmonisierung in der EU der 1990er Jahre. Die Voraussetzungen im harmonisierten Recht der EU Mitgliedsstaaten für die unabdingbare Entschädigung des Handelsvertreters dort sind Vorteil positiv und Unbilligkeit negativ.¹⁷⁸

[Rz 96] Falls ein neuer Abnehmer in ein bestehendes Vertriebsgebiet des Lieferanten eintritt, ist es ratsam zu sagen, was bisher im Gebiet bereits als Kundenkreis des Lieferanten zu betrachten ist. Man darf bestehende Kundschaft dem Abnehmer zu Beginn durchaus auch verkaufen¹⁷⁹, muss dann fairerweise die Tatsache des Kaufes auch bei der Bemessung der neu geschaffenen Kundschaft mit berücksichtigen, wenn sie der Abnehmer zu Beginn abgegolten hat. Auch der «Verkauf» der Kundschaft durch den ausscheidenden an den neuen Abnehmer wohl unter Vermittlung des Lieferanten ist denkbar.

8. Berechnung der Abgeltung für Agenten und Abnehmer

[Rz 97] Lehre und Praxis¹⁸⁰ sagen bisher wenig zur detaillierten Berechnung¹⁸¹ der jeweiligen Entschädigung für den Agenten¹⁸² und den Abnehmer¹⁸³.

[Rz 98] Dabei ist zunächst die Provision des Agenten von der Gewinnmarge des Abnehmers abzugrenzen. Bei allen Abnehmern ist ein Blick auf ihre Infrastruktur wichtig. Der Agent betreibt vielleicht ein eigenes Büro zum Teil zu Hause, wenn er als Einzelperson tätig ist. Eine juristische Person, etwa eine Versicherungsagentur, hat dagegen eigenes Personal und eine eigne Infrastruktur, die der Agenturvertragserfüllung dient. Der Alleinabnehmer hat auch als Einzelperson eine Infrastruktur zu unterhalten, die über das Homeoffice des Einzelagenten hinausgeht. Der Abneh-

¹⁷⁶ Hier gibt es eine Einschränkung für Abnehmer mehreren Lieferanten, denn wie beim Agenten im Nebenamt kann die Kundschaftsentschädigung bei mehreren Lieferanten vertraglich wegbedungen werden: 418a Abs. 2 OR. Die Diskussion dreht sich dann um die Analogie zum Begriff «Nebenberuf» für den Abnehmer mit mehreren Lieferanten. Vgl. dazu auch GAUTSCHI: Rz. 15a ff. zu Art. 418a–418b.

¹⁷⁷ Das Bundesgericht schützt bei der Interpretation von vereinbarten Abfindungsklauseln in Vertriebsverträgen den Wortlaut nach dem Vertrauensprinzip auszulegen und nicht auf den Sinngehalt von Art. 418u OR abzustützen, Urteil des Bundesgerichts 4A_86/2010 vom 5. Juli 2010 E. 1.1.

¹⁷⁸ RL Handelsvertreter, 17 ff., Art. 17. vgl. auch vorne I.2.

¹⁷⁹ MEYER, Der Alleinvertrieb, 326 f.

¹⁸⁰ BGE 134 III 497 ff. verweist für die Berechnung für den Abnehmer im Entscheid an die Vorinstanz E 4.5 und E 4.1. BGE 84 II 529 und MEYER, Der Alleinvertrieb, 320 FN 646 und 647.

¹⁸¹ Wünschbar ist, das Vorurteil iudex non calculat zu überwinden. Die Gerichte entscheiden nur was ihnen vorge-tragen wird. Der Vortrag zur Berechnungsweise des Vorteilsausgleiches ist mangels bisheriger Fundstellen dazu hilfreich.

¹⁸² BÜHLER, Rz. 55 ff. zu Art. 418u oder WETTENSCHWILER, Rz. 11–14 zu Art. 418u.

¹⁸³ AMSTUTZ/MORIN, Rz. 126 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR, MEYER, Der Alleinvertrieb, 316–326.

mer, etwa auf Stufe eines Generalimporteurs für Nutzfahrzeuge, betreibt neben Büros, Verkaufsstellen, Reparaturwerkstätten und Zwischenlager für die neuen Fahrzeuge und Ersatzteile.¹⁸⁴

[Rz 99] Bei der Abwicklung des Vertrages durch den Agenten oder den Abnehmer entsteht spezifischer Aufwand, den der Agent und der Abnehmer unterschiedlich tragen. Liefert der Auftraggeber die Ware seinem kaufenden Vertragspartner direkt, hat der Agent gar keinen Aufwand. Muss umgekehrt eine Autoverkäufer den Neuwagen nach dem Transport erst «entsiegeln» und für den Kunden zur Auslieferung bereit machen, fallen in der Regel ein paar Stunden Arbeit an, neben der Administration bei der Vertragsabwicklung zwischen ihm und seinem Kunden. Oft rechnet der Auftraggeber die Geschäfte mit dem Agenten direkt ab.¹⁸⁵ Der Alleinabnehmer braucht meist eine eigne Buchhaltungsabteilung neben der Administration. Dazwischen gibt es alle Mischformen, auch den Agenten mit Delkredererisiko¹⁸⁶ oder den Abnehmer, der die ganze Büroadministration bei seinem Lieferanten ausgelagert hat.

[Rz 100] Es gibt somit bereits unter den Agenten verschieden ausgeprägte Risikoformen, etwa mit und ohne Delkrede. Das widerspiegelt sich in der unterschiedlich hohen Provision. Deshalb ist das kein Grund dem Agenten mit dem Delkredererisiko oder dem Inkassomandat¹⁸⁷ die Provision, die höher ist als beim Agenten ohne Delkredererisiko¹⁸⁸, zu kürzen. Er hat maximal Anspruch auf den Nettojahresverdienst. Der Umfang der Nettoprovision ergibt sich aus Art. 418g und 418k OR. Die Unkostenzuordnung zwischen Auftraggeber und Agent ergibt sich aus Art. 418n OR. Nur besondere auf Weisung des Auftraggebers gemachte Auslagen des Agenten, namentlich für Fracht oder Zölle, sind zu vergüten. Abgesehen davon ist die ganze Provision des Agenten sein Nettoverdienst.¹⁸⁹

[Rz 101] Seit 2008 hat auch der typischen Alleinabnehmer Anspruch auf den «Nettojahresgewinn» falls dieser positiv ist: «Par gain annuel net, il faut entendre le gain réalisé par l'agent après déduction de tous les frais qu'il a engagés à cet effet. Lorsque ceux-ci sont égaux ou supérieurs aux provisions touchées par l'agent, ce gain est nul et toute indemnité refusée à l'agent (ATF 84 II 164 consid. 5 in fine)».¹⁹⁰

[Rz 102] Der Abnehmer finanziert mit einem grossen Teil seiner Bruttogewinnmarge sein Unternehmen und damit sein Risiko. Er trägt das Delkrede, er hat die Infrastrukturkosten, verantwortet das Lagerrisiko für die Ware und alle Unkosten für seine Verkaufsanstrengungen¹⁹¹. Dass der Lieferant den Abnehmer beim Marketing unterstützt, wirkt sich im Einzelfall ganz unterschiedlich auf die Kosten aus. Stellt er nur das Bildmaterial für Werbung bereit, muss der Abnehmer die Übersetzung, das Vertonen, Sendezeit in Radio und Fernsehen selber kaufen. Gleiches gilt für Anzeigen online oder in Printmedien. Prospektmaterial und Verkaufsaaktionen liegen mal in der Kostensphäre des Lieferanten, mal beim Abnehmer. Oft ist ein Teil des Umsatzes des

184 Vgl. auch II.9.

185 Art. 418k OR.

186 Art. 418c Abs. 3 OR.

187 Art. 418l OR.

188 Art. 418c Abs. 3 OR spricht vom angemessenen besonderen Entgelt.

189 BÜHLER, Rz. 55–58 zu Art. 418u OR.

190 BGE 134 III 500.

191 BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rz. 44 ff.

Abnehmers vertraglich für dessen Marketing im Vertragsgebiet zu verwenden. Diese Beispiele lassen sich beliebig ergänzen.¹⁹²

[Rz 103] Im Einzelfall muss deshalb geprüft werden, welche Infrastruktur der Abnehmer vernünftigerweise mit und ohne Vertriebsvertrag braucht und was ihn diese kostet.¹⁹³ Wie hoch sind bei ihm oder in der Branche die Kreditausfälle und die Debitorenverluste? Welche Lohn- und Lohnnebenkosten können dem Vertriebsvertrag als Kostenträger zugeordnet werden? Wer trägt das Preisschwankungs- und das Währungsrisiko?

[Rz 104] Allgemein sind beim Abnehmer solche Kosten als händlertypisch zu beachten, die beim Agenten naturgemäss nicht entstehen, die der Abnehmer, der sein Geschäft auf eigenen Namen und eigene Rechnung führt, bei dieser Einkaufs- und Verkaufstätigkeit typischerweise selbst trägt.¹⁹⁴

[Rz 105] Was ist branchentypisch¹⁹⁵? Gibt es in der Branche auch Agenten neben den Abnehmern? Welche Kosten des Absatzes, wie Verkaufsaktionen, Werbung, die Gewährung von Rabatten und Skonti, werden von der Provision abgezogen? Kosten die der Lieferant trägt und die vereinbarungswise dem Agenten von der Provision abgezogen werden können, dürfen nicht von der Gewinnmarge des Abnehmers abgezogen werden. In diesem Fall ist die Leistung des Lieferanten kein Teil der Leistung, die der Abnehmer mit seiner Gewinnmarge finanziert.¹⁹⁶ Auch wenn der Lieferant Zuschüsse zur Gewährung von Rabatte gegenüber Grosskunden des Abnehmers gewährt, sind diese Leistungen kein Teil der Gewinnmarge oder des Unternehmerrisikos und unbeachtlich. Umgekehrt sind die Leistungen, die der Lieferant in einer Branche erbringt, die ein Auftraggeber in derselben auf den Agenten abwälzt, zu beachten und von der Gewinnmarge des Abnehmers abzuziehen. Ratsam ist, die Abgrenzung für die letzten fünf Jahre gleichzeitig zu machen.

[Rz 106] Die folgende Tabelle erleichtert die Zuordnung der anfallenden Vertriebskosten unter den Kostenträgern:

¹⁹² Diesbezüglich hilfreich ist der Verweis auf die reichere deutsche Praxis dazu, soweit es darum geht, die Provision von der Gewinnmarge abzugrenzen: BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rz. 28–50.

¹⁹³ Dafür gibt es schlaue Abgrenzungsansätze aus dem Raumplanungsrecht/Lex Koller zum Begriff der betriebsnotwendigen Immobilien.

¹⁹⁴ MEYER, Der Alleinvertrieb, 322 mit Verweis.

¹⁹⁵ Vgl. auch den Hinweis III.13 zur kartellrechtsrelevanten Kostenverlagerung hin zum Agenten (Rz 131).

¹⁹⁶ MEYER, Der Alleinvertrieb, 322.

Kostenart auf Vertriebsstufe	Kostenträger			
	Agenturvertrag		Vertriebsvertrag	
	Auftraggeber	Agent	Lieferant	Alleinabnehmer
Büros		(+)		+
Imagewerbung	+		+	
Showroomkosten	+			+
Eigene Läden	+			+
Eigene Mitarbeiter	+			+
Messebesuch, Stand	+	(+)		+
Logistik, Transport	+			+
Zulassungskosten	+			+
Markenpflege	+			+
Lagerhaltung	+			+
Delkreder-Risiko	+			+
Garantieansprüche	+			+
Produkthaftpflicht	+			+
Währungsrisiko	+			+
etc.	+			+

[Rz 107] Die vorstehenden zusätzlichen Kosten in Spalte fünf gegenüber der Spalte drei verringern die Bruttogewinnmarge des Alleinabnehmers gegenüber der dem Agenten zukommenden Provision und müssen bei der Bemessung und Berechnung der Kundschaftsentschädigung angemessen abgegrenzt und abgezogen werden:

[Rz 108] Bei der Berechnung ist vom produktbezogenen **Bruttogewinn**¹⁹⁷ des Abnehmers auszugehen. Das ist zunächst der Verkaufspreis aller Vertragsware abzüglich aller gewährten Rabatte. Das ergibt den **Bruttoverkaufserlös**. Davon ist der Einstandspreis aller Ware abzuziehen. Das ergibt den **Nettoverkaufserlös** oder die **Bruttogewinnmarge** des Abnehmers, vor Abzug seiner eignen Kosten. Alles immer bezogen auf die betrachtete Periode. In Deutschland wurde die Bruttomarge dann zum Teil und aus verschiedenen Gründen bei einem Autoabnehmer konkret um knapp 60% gekürzt.¹⁹⁸ Die Bruttogewinnmarge ergibt nach Abzug aller eigenen produktbezogenen Kosten die **Nettogewinnmarge** des Abnehmers, eben seinen **Nettogewinn**. Die branchenspezifischen Durchschnittskosten eines Abnehmers pro verkaufte Einheit oder Periode sind oft bei Branchenverbänden erhältlich, welche solche Zahlen unter ihren Mitgliedern periodisch erhe-

¹⁹⁷ Angesichts der Vielzahl des möglichen Verständnisses und der Berechnungsweisen buchhalterischer Begriffe ist es ratsam all diese Begriffe im Vertrag zu definieren, so dass die Parteien gemäss Vertriebsvertrag zumindest das gleiche Verständnis dazu haben. Art. 18 Abs. 1 OR, falsa demonstratio non nocet.

¹⁹⁸ BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 25/08, Rz. 52 ff.

ben. Dabei darf allerdings Ineffizienz und wenig Kostenbewusstsein und damit verbundene hohe Unkosten nicht einfach für den Einzelfall übernommen werden. Auszugehen ist vom sorgfältig kalkulierenden Unternehmer, der sich entsprechend auch um seine Kosteneffizienz kümmert. Dann ist der konkrete Fall zu untersuchen. Ob die normale Nettogewinnmarge bei 43.5% liegt, wie 2010 im zitierten Fall in Deutschland oder 400% wie häufig im Modebereich¹⁹⁹, hängt immer von den Umständen des Einzelfalles ab.

[Rz 109] Pauschalierungen sind zu vermeiden. Trotzdem und zur Orientierung ist aus Erfahrung eine Bandbreite von 30–50% der vorstehend beschriebenen Bruttogewinnmarge des Abnehmers häufig.²⁰⁰ Man kann alternativ auch 5–15% des Bruttoumsatzes (i.E. hier des vereinnahmten vorstehend beschriebenen Bruttoverkaufserlöses) des Abnehmers zur Berechnung beiziehen, um zumindest eine grobe Idee zu bekommen. Die beteiligten Parteien kennen die anfallenden und notwendigen Kosten immer am besten. Deshalb ein weiteres Mal der Rat, im Vertrag etwa zu schreiben, der Abnehmer hat Anspruch auf die Vergütung für die neu geworbene Kundschaft (Prozentzahl im Rahmen von 38 oder 54%) seines definierten Bruttogewinns. Alternativ helfen etwa 7 oder 16% seines vereinnahmten Bruttoverkaufserlöses mit der Vertragsware, je nach Branche und betroffenen Produkten.²⁰¹ Nicht zu vergessen ist, alle buchhalterisch verwendeten Begriffe im Vertriebsvertrag zu definieren und allenfalls gar ein Rechenbeispiel anzufügen. Nur so vermögen andere Juristen, die vielleicht weniger bilanzsicher sind, den Ausführungen dann auch uneindeutig zu folgen.

[Rz 110] Steuern sind bei dieser Berechnung nicht mitzubersichtigen.

[Rz 111] Damit ist die Aufgabe immer noch keine leichte, die vertriebsvertragsbezogene Nettogewinnmarge des Abnehmers im Vergleich zu einer Nettojahresprovision des Agenten buchhalterisch zu ermitteln. Immerhin bekommt der Buchhalter jetzt gewisse Berechnungsvorgaben.

9. Warenlager

[Rz 112] Trotz just in time-Logistik halten viel Abnehmer ein Warenlager. Details dazu sind meist vertraglich genau bestimmt, auch bei der Beendigung. Sonst gilt, dass im gekündigten Vertrag normale Warenbezüge zu honorieren bleiben, aber überhöhte Bestellmengen nicht zu liefern sind, weil der Abnehmer dadurch nicht den Vertrag de facto verlängern darf. Entweder ist die Rücknahme oder der Abverkauf von Produkten in Mengen, die sich aus der bisherigen Vertragsbeziehung und im zu erwartenden Umfang für die verbleibende Zeit ergeben, zu regeln. Missbräuchlich wäre, die Rücknahme des gehörig unterhaltenen Warenlagers zu verweigern und den ordentlichen Ausverkauf für einen vernünftigen Zeitraum nach der Beendigung zu verbieten, auch nicht für Markenwaren.²⁰²

¹⁹⁹ Branchenspezifisch muss über den Normalverkauf auch der Ausverkauf zu wesentlich tieferen Preisen mitfinanziert werden.

²⁰⁰ Diese Bandbreite bleibt zufällig, deckt sich aber mit den Erhebungen zu MEYER, Der Alleinvertrieb in den 1980er Jahren und dem inzwischen dazu Gesehenen.

²⁰¹ MEYER, Der Alleinvertrieb, 324 und MEYER, Entschädigung für neu geworbene Kunden.

²⁰² Derartige Bestimmungen trifft man vereinzelt in Verträgen mit Lieferanten aus dem Common law Raum.

III. Vertrieb und Kartellrecht

10. Vorbemerkung

[Rz 113] Vertriebsabreden sind typische Vertikalabreden. Besonders bei der Strukturierung des Kundenkreises, des Absatzgebietes oder der Preisgestaltung ist Kartellrecht zu beachten.²⁰³ Die folgenden Gedanken sind dieser Wechselbeziehung zwischen Vertriebs- und Kartellrecht gewidmet.

[Rz 114] Das Wettbewerbsrecht der Schweiz und der EU sind verschieden konzipiert. Das Schweizer Kartellgesetz (KG) bezweckt den wirksamen Wettbewerb²⁰⁴, während die EU verbietet, den Wettbewerb im Binnenmarkt zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen²⁰⁵. EU Kartellrecht greift nur bei Konstellationen, die den Handel zwischen Mitgliedsstaaten und den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes in einem wesentlichen Teil beeinträchtigen²⁰⁶. Das schweizerische Kartellrecht bezweckt im Unterschied zum EU Kartellrecht keinen Konsumentenschutz (Art. 101 Abs. 3 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; AEUV). Nur im Bewusstsein dieser unterschiedlichen Konzepte bleibt der Blick aus der Schweiz auf die EU klar.

[Rz 115] Vereinzelt wurde gehofft, die WEKO würde auf eine Neuauflage der KFZ-Bekanntmachung (KFZ-Bek) verzichten oder diese zumindest europakompatibel gestalten und nur das regeln, was nicht bereits in der Vertikalbekanntmachung (VertBek) gesagt wurde.²⁰⁷ Die neue KFZ-Bek der WEKO wurde am 29. Juni 2015 beschlossen und trat am 1. Januar 2016 in Kraft mit einer Übergangsfrist bis am 31. Dezember 2016 für bestehende und der vorangehenden KFZ-Bek²⁰⁸ genügenden Vereinbarungen.²⁰⁹ Hier interessiert ob und wie diese Bekanntmachung und die Erläuterungen dazu die Vertragsfreiheit beeinflussen. Für 2016 wurde in der neuen KFZ-VertBek auf die Umschreibung eines Kontrahierungszwanges verzichtet.

11. Vertragsfreiheit und Bekanntmachungen

[Rz 116] Art. 6 KG dient als Grundlage für die Bekanntmachungen der WEKO. Der Auftrag lautet, Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen Abreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG. Ziffer 16 der VertBek nennt weitere Beispiele zum Effizienz-Katalog von Art. 6 KG. Dabei betonen aber Ziffer 16 Abs. 3 VertBek und Art. 14 Abs. 2 KFZ-Bek, dass wirtschaftliche Effizienz immer im Einzelfall zu prüfen sei. Der vorbehaltene Effizienztest des Einzelfalles in den beiden Bekanntmachungen vermittelt dem Praktiker damit nicht die vom Art. 6 KG für Bekanntmachungen versprochene Rechtssicherheit.

²⁰³ JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. A., Zürich 2011, Rz. 43 zu Art. 5 und Rz. 11 zu Art. 6 und vorne Fn 20 und 22 und zu nichtbefolgten Minimalpreisempfehlungen: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, Altium/COMCO, 66 f. Der Entscheid wurde angefochten beim Bundesgericht und ist im März 2016 nicht rechtskräftig.

²⁰⁴ Art. 1 KG, Art. 5 Abs. 1 KG und BORER, Rz. 18 zu Art. 1.

²⁰⁵ Art. 102 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

²⁰⁶ Art. 102 Abs. 1 AEUV.

²⁰⁷ Statt aller Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. vom 30. April 2015, 2 zur Vernehmlassung zur KFZ-Bek.

²⁰⁸ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel, vom 22. Oktober 2002, KFZ-Bek 2002.

²⁰⁹ Art. 21 und 22 KFZ-Bek.

Wünschbar ist, in der Bekanntmachung wenigstens ein paar wenige Voraussetzungen zu definieren, welche Arten von Abreden als wirtschaftlich effizient gelten.

[Rz 117] Solange der Effizienztest der WEKO unverzichtbar ist, wirkt der Eingriff via Bekanntmachung in die Vertragsfreiheit problematisch. Denn die bisherigen Bekanntmachungen beschränken die Wirtschaftsfreiheit,²¹⁰ ohne die Rechtssicherheit zu erhöhen. Wozu dient die generelle Festsetzung einer Maximaldauer von 5 Jahren für Exklusivitätsabreden²¹¹ oder zweijährige oder sechsmonatige Kündigungsfristen²¹² oder zwölfmonatige nachvertragliche Konkurrenzverbote²¹³, wenn nicht die Beurteilung des Einzelfalls entfällt?²¹⁴ Solange jeder Einzelfall zu prüfen bleibt, erscheint es nicht gerechtfertigt, die Vertragsfreiheit einzuschränken. Der WEKO kommt keine Gesetzgebungskompetenz zu.²¹⁵ Allzu vage Bekanntmachungen mit willkürlich gewählten, vermeintlich gut definierten Eckpunkten sind zu vermeiden. Gerade weil der Vertriebsrechtler bei der Vertragsredaktion auch die Vorgaben der WEKO möglichst gut umsetzen soll.

[Rz 118] Entgegen gewissen Vorgaben in den Bekanntmachungen kennen die Parteien ihre Situation am besten und vermögen die Interessen aller Beteiligten deshalb effizienter auszugleichen, ohne dass immer gerade der Wettbewerb behindert ist. Exklusivabreden mit zehn oder mehr Jahren in Verbindung mit gemeinsamer vorgängiger Entwicklung, erlauben die Kosten besser zu amortisieren und fördern die Forschung.²¹⁶ Gerade das hat die EU aber vorgesehen²¹⁷! Wenn sich Aktionärsgruppen bei Erreichen eines Etappenziels aufspalten und getrennte Weg gehen, ist es üblich und zielführend zwei oder mehrjährige Konkurrenzverbote zu vereinbaren, gerade um die Früchte eines Joint Ventures werthaltig zu belassen und eine Trennung erst zu ermöglichen.²¹⁸ Nur in der Schweiz herrscht diesbezüglich Unsicherheit. Das vermag auch die kolportierte Ansicht einiger WEKO Exponenten, was in der EU erlaubt sei, dürfe auch in der Schweiz praktiziert werden, mangels Fundstelle nicht zu heilen. Wiederholungen bereits in der EU Geschriebenes sind sicher vermeidbar.²¹⁹

[Rz 119] Ein Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit zeigt die Problematik für Vertriebsverträge: Vermeintliche Adressaten der Bekanntmachungen haben sich gerne auf von der WEKO pauschalisierte Eckpunkte berufen und dadurch wahrscheinlich den Wettbewerb verzerrt bei der Bereinigung der Vertriebssysteme der Kraftfahrzeuganbieter²²⁰: In mehreren Fällen kündigte der Kraftfahrzeuganbieter dem im Wettbewerb am schlechtesten positionierten Abnehmer, gerade dem

²¹⁰ Vgl. Art. 27 und Art. 36 BV.

²¹¹ Ziff. 12 Abs. 2 lit. f VertBek.

²¹² Art. 19 KFZ-Bek.

²¹³ Ziff. 12 Abs. 2 lit. g iv VertBek.

²¹⁴ So hat der Englische Court of Appeal 2015 entschieden, dass ein nachvertragliches Konkurrenzverbot für einen Agenten, das auf sechs Monate und 5 Meilen beschränkt war, zulässig sei und dass dies nicht unter UK Regulation 1993 No. 3053 falle (i.e. RL Handelsvertreter), weil kein Waren- sondern Dienstleistungsvertrieb Vertragsgegenstand war. Geldtransfer: One Money Mail v RIA and Wasilewski, Pressemeldung 2015.

²¹⁵ Vgl. auch RETO JACOBS, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht 2011, SJZ 2011, 210.

²¹⁶ Das gilt in der EU gemäss Art. 2 Abs. 2 VO 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über Technologietransfervereinbarungen (TT-GVO), Abl. L 93 17 vom 28. März 2014.

²¹⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 a und 5 Abs. 3 d VV-GVO.

²¹⁸ Da nicht alle KMU sich Vertrags- und Wettbewerbsspezialisten leisten können, verunsichert etwa Art. 12 lit. g iv VertBek mehr, als dass er der Sache angemessen dient, trotz des Nachsatzes dort.

²¹⁹ Gerade die Fünfjahresfrist gemäss Art. 5 Abs. 1 a VV-GVO darf nicht aus dem Zusammenhang einfach abgeschrieben werden: Dazu vorstehend Fn 217.

²²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_41/2015 vom 28. Januar 2015, HaGer ZH vom 14. Dezember 2014 in RPW 2014/4 825 ff., OGer ZG vom 23. August 2013 in RPW 2013/3 455 ff., Urteil des Bundesgerichts 4A_101/2011 vom 6.

Zweck von Art. 1 KG folgend. Der betroffene Abnehmer oder die Werkstätte hatten zuvor den Anforderungen eines guten Verkaufs- und Kundendienstes nicht mehr genügt. Derartige Abnehmer profitierten anschliessend von den für den konkreten Fall unverhältnismässig langen Kündigungsfristen²²¹ oder beriefen sich gar auf den bis Ende 2015 erwähnten Kontrahierungszwang²²². Dieser wurde per 2016 gestrichen.

[Rz 120] Bleibt der Einzelfall immer auf seine Effizienz hin zu prüfen, soll sich die WEKO im Interesse des effizienten Wettbewerbs auch bei Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit Zurückhaltung auferlegen. Das vorstehende Beispiel aus dem Automobilsektor zeigt, solange der Einzelfall zu prüfen bleibt, ist es falsch, Fristen pauschal zu definieren, denn das verfälscht den Wettbewerb. Ob Fristen angemessen sind, ergibt sich immer aus den Gesamtumständen. Diese vermögen die Vertriebsrechtler aufgrund der konkreten Umstände am besten zu regeln, ohne dass dadurch der Wettbewerb unzulässig beschränkt wird.

[Rz 121] Zwar ist der Zivilrichter den diesbezüglichen Vorgaben der WEKO für das Privatrecht bisher nicht gefolgt²²³: Die Frage ob ein Vertrag wirksam gekündigt sei, beurteilt sich rein nach Vertragsrecht.²²⁴ Generell waren die Gerichte zurückhaltend etwa den in KFZ-Bek enthaltenen Bestimmungen zivilrechtliche Wirkung zuzuerkennen.²²⁵ Dennoch sollen Behörde und Vertragsgestalter einander gegenseitig die gehörige Beachtung schenken.

12. Marktabgrenzung KFZ-Reparaturmarkt

[Rz 122] Der folgende Gedanke zur Marktabgrenzung bei der Bereinigung der Automobil-Vertriebsstrukturen im Reparaturmarkt gemäss Kartellrecht soll dem Vertriebsrechtler die Problematik des relevanten Marktes verdeutlichen. Die WEKO hat bisher ausdrücklich auf eine Marktabgrenzung für Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten verzichtet²²⁶ aber den Zugang zu Ersatzteilen umschrieben²²⁷.

[Rz 123] Auszusondernde Werkstätten beriefen sich auf die Marke als Markt. Im betroffenen Reparaturmarkt der Marke X sei der Importeur und Lieferant in einer dominanten Stellung und dürfe diese nicht missbrauchen. Dagegen verweisen die Importeure auf die deutsche Praxis und betonten, es ginge gerade nicht um den Reparaturmarkt aus Kundensicht.

[Rz 124] Der deutsche Bundesgerichtshof hat 2011 im Lastwagensegment entschieden, die Erbringung von Garantieleistungen und Inspektionsarbeiten innerhalb der Garantiefrist bilde keinen Teilmarkt des Reparaturmarktes, der vom Markt der übrigen Reparaturleistungen abzugren-

September 2011, dazu auch RPW 2013/3 458 ff., KG VD vom 26. Februar 2008 in RPW 2008/3 519 ff., AmtsGer LU vom 9. November 2010, in RPW 2011/1 216 ff. und HaGer AG, vom 14. April 2000 in RPW 2000/3 487 ff.

²²¹ Kartellrechtlich falsch ist, nicht zu investieren und vom pauschalen Investitionsschutz zu profitieren.

²²² Dazu Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel, 2010, ad Ziff. 6 Abs. 2 Zugelassene Werkstätten (Erläuterungen 2010 KFZ-Bek 2002) und KFZ-Bek 2002 Ziff. 6.

²²³ Vgl. Fn 220.

²²⁴ OGer ZG vom 23. August 2013 in RPW 2013/3 455 ff. und RPW 2010 807 oder JACOBS, 210.

²²⁵ HaGer ZH vom 30. Dezember 2010, Verfügung (HE 2100008) betreffend vorsorgliche Massnahmen nach Kündigung eines Servicevertrags im Automobilbereich, bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 4A_101/2011 vom 6. September 2011.

²²⁶ Erläuterungen VertBek., Rz. 6. Die Regelung Art. 16 lit. f-h KFZ Bek decken den folgenden Bereich nicht.

²²⁷ Art. 16 KFZ-Bek.

zen sei.²²⁸ Damit ist der einzelne Markenanbieter und Lieferant im Wettbewerb mit den anderen Markenanbietern und nicht bereits aufgrund seiner Marke dominant. Auch die Zulassung als Vertragswerkstatt bildet keinen eigenen Markt.²²⁹

[Rz 125] Das OLG Düsseldorf ist der vorstehenden Argumentation des Bundesgerichtshofs für den Personenwagen-/PKW-Markt gefolgt²³⁰: «Aus der massgeblichen Sicht des Betreibers einer Reparaturwerkstatt ist die Erbringung von Garantieleistungen nur ein Ausschnitt aus einer Reihe möglicher Dienstleistungen, die sich nicht hinsichtlich des Gegenstandes der erbrachten Leistungen unterscheiden, sondern nur hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen sie erbracht werden. Der Betreiber einer Werkstatt ist auch, soweit er Werkstattleistungen speziell für eine bestimmte Marke anbieten will, nicht darauf angewiesen, diese im Rahmen eines Garantie- oder Kulanzverhältnisses oder einer sonstigen rechtlichen Beziehung zwischen seinem Kunden und dem Hersteller des Fahrzeuges anzubieten, sondern kann sich stattdessen um vergleichbare Aufträge ausserhalb dieses rechtlichen Rahmens bemühen». «Dass das Angebot von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Personenkraftwagen ohne eine Zulassung als Vertragswerkstatt eines Herstellers unmöglich oder wirtschaftlich sinnlos wäre, ist nicht ersichtlich».²³¹

[Rz 126] Da die Erwägungen in Deutschland zur Marktabgrenzung wirtschaftlicher Natur sind, gelten sie auch für die Schweiz. Das Handelsgericht Zürich hat sich bereits 2014 dieser Meinung angeschlossen.²³²

[Rz 127] Auch einem dominanten Anbieter wäre es unbenommen, sein Vertriebsnetz aufgrund sachlicher Kriterien zu bereinigen. Darin liegt kein Missbrauch (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)²³³ solange ungenügend qualifizierte Abnehmer betroffen sind.

[Rz 128] Die vorstehenden Überlegungen sind für viele Markenprodukte, die Wartung oder andere Dienstleistungen nach dem Verkauf erfordern, angemessen und auf diese übertragbar. Der Markt soll bewusst nicht zu eng oder gar nur auf eine Marke bezogen sein. Vielmehr gilt es funktional die Aufgabe der Teilnehmer und deren Bedürfnis für die Marktbestimmung im Auge zu behalten. In einer freien Marktwirtschaft soll jemand seine Marke langfristig pflegen, nachhaltig Emotionen schaffen und nicht über das Kartellrecht in seiner Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt werden. Umsicht und Zurückhaltung sind geboten bei kartellrechtlich motivierten Eingriffen in die Vertragsfreiheit durch die Wettbewerbsbehörden. Rücksicht durch Wettbewerber auf die behördlichen Verlautbarungen ist unabdingbar.

13. Agenten und Dritte im Kartellrecht

[Rz 129] Dass der Agent im Auftrag und auf fremde Rechnung handelt, ergibt sich aus der Legaldefinition in Art. 418a Abs. 1 OR. Vertriebsrechtler argumentieren oft, der Agent sei dem Auftraggeber zuzurechnen und damit kein Kartellrechtsthema. Dem ist in zwei Fällen nicht so,

²²⁸ BGH, Urteil vom 30. März 2011 – KZR 7/09, MAN, Rz. 16.

²²⁹ BGH, Urteil vom 30. März 2011 – KZR 7/09, MAN, Rz. 15 und 22.

²³⁰ 1. Kartellsenat des OLG Düsseldorf vom 21. Dezember 2011, VI-U (Kart) 19/11, 90 O 11/11 Kart LG Köln), 10.

²³¹ 1. Kartellsenat des OLG Düsseldorf vom 21. Dezember 2011, VI-U (Kart) 19/11, 90 O 11/11 Kart LG Köln), 11.

²³² HaGer ZH vom 14. Dezember 2014 in RPW 2014/4 829.

²³³ OGer ZG, vom ZG vom 23. August 2013 in RPW 2013/3 466 E 3.3.6.

- wenn er Unternehmerrisiko trägt, das sich nicht aus der reinen Agenturstellung ergibt²³⁴ oder
- wenn er als nicht im Markt Aktiver sich an Absprachen beteiligt²³⁵.

[Rz 130] Den Analogieschluss vom Agenten auf den Alleinabnehmer für die Kundschaftschädigung kennt die Lehre seit langer Zeit.²³⁶ Der umgekehrte Fall, dass auch der Agent eine selbständige Rolle haben kann,²³⁷ wird in der Schweiz immer noch zu wenig thematisiert.

[Rz 131] Die EU kennt drei wirtschaftliche Risiken, die dem typischen Agenten fremd sind und ihn vom Vertreter zum Wettbewerbsteilnehmer mit Unternehmerrisiko mutieren:²³⁸ Lagerfinanzierung, spezifische Investitionen im Interesse des Auftraggebers und vertriebsgerichtete Aktivitäten auf eigenes Risiko. Trägt der Agent also Unternehmerrisiko für den Auftraggeber, ist seine Stellung als verlängerter Arm des Auftraggebers relativiert und er ist zusätzliches Wettbewerbssubjekt, sobald er in dieser Rolle am Wettbewerb teilnimmt.

[Rz 132] Zur Beruhigung wird in der EU auch der klassische Agent umschrieben: Der klassische Agent darf keine oder nur unbedeutende Risiken tragen für abgeschlossene oder verhandelte Verträge im Namen des Auftraggebers oder für marktspezifische Investitionen für diesen Tätigkeitsbereich oder Investitionen in andere Tätigkeiten, die der Auftraggeber für denselben sachlich relevanten Markt als erforderlich erachtet. Sein Risiko als Agent ist dabei irrelevant.²³⁹ «Die Frage des Risikos muss im Einzelfall beantwortet werden, wobei vorzugsweise auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und weniger auf die Rechtsform abzustellen ist».²⁴⁰

[Rz 133] Trägt der Agent auch nur eines der drei vorstehend (Rz 131) aufgezählten Unternehmerrisiken selbst, so wird der vermeintliche Agenturvertrag zur kartellrechtsrelevanten Vertikalabrede.²⁴¹ Entsprechend gelten für diesen Agenten auch alle Wettbewerbsregeln. Auch wenn die WEKO und andere diesen Punkt nicht ausdrücklich thematisiert haben, dürfte er auch in der Schweiz systemimmanent sein. Der wettbewerbsrechtlich selbständige Agent und die zugehörige Vertikalabrede sind kartellrechtskonform zu gestalten, nicht erst wenn eine Partei in der EU ist.

[Rz 134] Die Kommission der EU misstraut aber auch dem Agenten, wenn der Auftraggeber alle damit verbundenen finanziellen und geschäftlichen Risiken übernimmt, wenn mehrere Auftraggeber die Dienste derselben Handelsvertreter in Anspruch nehmen und gemeinsam andere davon abhalten, diese ebenfalls in Anspruch zu nehmen, oder wenn sie die Handelsvertreter zur Kollusion bei der Marketingstrategie oder zum Austausch vertraulicher Marktdaten untereinander benutzen. Dazu ist nun das lange erwartete EuGH-Urteil AC-Treuhand ergangen.²⁴² AC-Treuhand in Zürich hat dem Wärmestabilisatorenkartell (Zinnstabilisatoren, ESBO/Ester) in Europa zwischen 1991 und 2000²⁴³ ihre Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt und die Treffen der Kartellmitglieder begleitet.²⁴⁴

²³⁴ Vgl. Rz 131.

²³⁵ Vgl. Rz 134.

²³⁶ Dazu II.4.

²³⁷ LL VV-GVO, Rz. 12–21.

²³⁸ LL VV-GVO, Rz. 14.

²³⁹ LL VV-GVO, Rz.15, etwa Abhängigkeit des Einkommens des Handelsvertreters von seinem Erfolg als Vertreter etc.

²⁴⁰ LL VV-GVO, Rz. 17.

²⁴¹ LL VV-GVO, Rz. 21.

²⁴² Urteil des EuGH vom 22. Oktober 2015 C194/14, EU:C:2015:717, *AC-Treuhand AG gegen Europäische Kommission*.

²⁴³ Dazu COMP/38589, Wärmestabilisatoren.

²⁴⁴ Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 37.

[Rz 135] Das Treuhandunternehmen war im betroffenen Markt selber weder aktiv noch waren die Absprachen für sie bindend. Dessen Wille war allein auf die Erbringung von Dienstleistungen zur Unterstützung der Kartelle gerichtet gewesen, auf der Grundlage von Verträgen, die keinen unmittelbaren Bezug zu den von der Kommission festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen aufwiesen.²⁴⁵ Die Vorinstanz hat erkannt, dass AC-Treuhand Zusammenkünfte organisiert, anwesend war und sich aktiv beteiligt hat, indem sie Liefermengen der betreffenden Güter erfasst und den Herstellern der Wärmestabilisatoren zur Verfügung gestellt hat. Sie hat zudem angeboten, bei Spannungen zwischen den betroffenen Herstellern als Moderator aufzutreten und diese zu Kompromissen ermutigt, alles gegen Vergütung.²⁴⁶ In einer Reihe von Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen im EWR haben die Kartellmitglieder die Preise festgesetzt, die Märkte unter Zuweisung von Lieferquoten aufgeteilt, Kunden aufgeteilt und wirtschaftlich sensible Informationen insbesondere über Kunden sowie Produktions- und Liefermengen ausgetauscht.²⁴⁷

[Rz 136] Der EuGH ruft für Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen mit wettbewerbswidrigem Zweck in Erinnerung, die Kommission dürfe «nur dann auf die Teilnahme eines Unternehmens an der Zuwiderhandlung und seine Verantwortlichkeit für die verschiedenen Elemente, die diese umfasst, schliessen, wenn sie nachweist, dass das betreffende Unternehmen durch sein Verhalten zur Erreichung der von allen Beteiligten verfolgten gemeinsamen Ziele beitragen wollte und von dem von anderen Unternehmen in Verfolgung dieser Ziele beabsichtigten oder an den Tag gelegten tatsächlichen Verhalten wusste oder dieses vernünftigerweise vorhersehen konnte und es bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen».²⁴⁸

[Rz 137] Bereits die Vorinstanz hat darin Komplizenschaft zum Kartell²⁴⁹ gesehen und betont, dass alle Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, die den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt verfälschen, unabhängig davon, auf welchem Markt die Parteien tätig sind, und unabhängig davon, dass nur das Geschäftsverhalten einer der Parteien durch die Bedingungen der in Rede stehenden Vereinbarungen betroffen ist, gegen EU Kartellrecht verstossen.²⁵⁰ Das EU Recht sei bestimmt genug («lex strictae») um die ausgesprochene Busse zu verfügen.²⁵¹

[Rz 138] Für die Richter war es damals vorhersehbar, dass das Verhalten eines Beratungsunternehmens, das mit seinen Diensten ein Kartell unterstützt, gegen Art. 101 AEUV, damals Art. 81 EGV, verstösst.²⁵² «Selbst wenn die Gespräche zur Bildung des Kartells und zur laufenden Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) geführt wurden, so betraf das Kartell auch europäische Kunden, da die Generatoren und Anlasser auch direkt an Automobilhersteller im EWR verkauft wurden». Kartellabsprachen ausserhalb des EWR Raums bleiben verboten, wenn sie sich auf diesen auswirken.²⁵³

²⁴⁵ Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 20.

²⁴⁶ Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 37.

²⁴⁷ Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 8.

²⁴⁸ Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 30.

²⁴⁹ Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 31.

²⁵⁰ Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 35.

²⁵¹ Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 40.

²⁵² Urteil AC-Treuhand, C194/14, EU:C:2015:717, Rn. 42–44, weitere formelle Einwände wurden abgewiesen.

²⁵³ So zuletzt EU-Kommission, Pressemitteilung IP/161/173 vom 27. Januar 2016 Melco, Hitach, Denso Generatoren- und Anlaserkartell.

[Rz 139] Der EuGH hat 2016 in seiner Antwort zu einem Vorlageverfahren aus Litauen die Beteiligung an gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV verbotenen aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen vermutet, wenn ein Systemadministrator eines Informationssystems eine elektronische Mitteilungen für Obergrenzen zu Preisnachlässen versendet.²⁵⁴ Eturas besitzt und administriert das System E-TURAS Software. Diese Software dient einem gemeinsamen Online-Reisebuchungssystem. Dieses ermöglicht Reisebüros als Lizenznehmer in einer einheitlichen und von Eturas festgelegten Buchungsform Reisen über ihre Website anzubieten.²⁵⁵ Der Lizenzvertrag «enthält keine Klausel, die es dem Administrator dieses rechnergestützten Systems erlauben würde, die Preisgestaltung der Reisebüros, die dieses System für die von ihnen vertriebenen Dienstleistungen nutzen, zu ändern».²⁵⁶ Jedes Reisebüro hat Zugang zu einem speziell für das Buchungssystem E-TURAS eingerichteten elektronischen Mitteilungsdienst. Die über diesen Mitteilungsdienst versandten Mitteilungen werden wie E-Mails gelesen und müssen zur Kenntnisnahme zuerst von ihrem Adressaten geöffnet werden.²⁵⁷ Nach einer Umfrage orientierte der Administrator: Wir werden «Online-Preisnachlässe in Höhe von 0% bis 3% ermöglichen, die individuell gewählt werden können. Diese des Rabattsatzes wird dazu beitragen, die Gewinnspanne zu erhalten und die Wettbewerbsbedingungen zu normalisieren. Achtung! Für Reisebüros, die einen Rabatt von mehr als 3% angeboten haben, wird [dieser] ab 14 Uhr automatisch auf 3% reduziert».²⁵⁸ Durch die technischen Änderungen des rechnergestützten Systems E-TURAS waren die betreffenden Reisebüros zwar nicht gehindert, ihren Kunde Preisnachlässe von mehr als 3% zu gewähren, aber die Gewährung solcher Preisnachlässe erforderte zusätzliche Formalitäten.²⁵⁹

[Rz 140] «Die Unschuldsvermutung versagt dem vorlegenden Gericht, davon auszugehen, dass das blosses Versenden einer Mitteilung ein hinreichender Beweis dafür sein könne, dass deren Adressaten zwangsläufig deren Inhalt kennen mussten».²⁶⁰ Dies zu prüfen, Beweismass und Beweiswürdigung sind dem nationalen Gericht vorbehalten.²⁶¹

[Rz 141] Mit Sicherheit wird der Systemadministrator im Lichte von AC-Treuhand als Mitbeteiligter erachtet, falls die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen mit wettbewerbswidrigem Zweck im nationalen Verfahren festgestellt werden.

[Rz 142] Viele Vertriebspartner lagern Dienstleistungen bei Dritten aus. Auch hier ist Vorsicht geboten, weil Ignoranz bekanntlich nie vor Strafe schützt: Die Schlussanträge des Generalanwaltes in VM Remonts²⁶² besagen, der Nachweis, dass ein Unternehmen sich an einer den Wettbewerb beeinträchtigenden Abrede beteiligt hat, setzt weder das persönliche Verhalten eines Direktors voraus, noch dass er Kenntnis eines Verhaltens einer sich an einer Abrede beteiligenden Person hatte oder diesem Verhalten zustimmte, wenn die Person aus dem Unternehmen ausgelagerte Dienstleistungen für das Unternehmen erbrachte und gleichzeitig für andere Teilnehmer

²⁵⁴ Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 C74/14, EU:C:2016:42, «Eturas» UAB u. a. gegen Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, Dispositiv.

²⁵⁵ Urteil Eturas, C74/14, EU:C:2016:42, Rn. 3.

²⁵⁶ Urteil Eturas, C74/14, EU:C:2016:42, Rn. 6.

²⁵⁷ Urteil Eturas, C74/14, EU:C:2016:42, Rn. 7.

²⁵⁸ Urteil Eturas, C74/14, EU:C:2016:42, Rn. 10.

²⁵⁹ Urteil Eturas, C74/14, EU:C:2016:42, Rn. 12.

²⁶⁰ Urteil Eturas, C74/14, EU:C:2016:42, Dispositiv Abs. 2.

²⁶¹ Urteil Eturas, C74/14, EU:C:2016:42, Dispositiv Abs. 2.

²⁶² Schlussanträge des Generalanwaltes vom 3. Dezember 2015, VM Remonts, C-542/14. Zitiert wird das französische Original, mangels Verfügbarkeit der deutschen Übersetzung Ende März 2016.

an der möglichen Abrede tätig war. («Le Constat qu'une entreprise a participé à un accord restrictif de concurrence ne nécessite pas la preuve d'un comportement personnel d'un dirigeant de l'entreprise ou de la circonstance qu'il avait connaissance du comportement d'une personne qui fournissait des services externalisés à l'entreprise tout en travaillant pour le compte d'autres participants à l'éventuelle entente, ou bien qu'il y avait consenti».)²⁶³ Der nationale Richter habe zu prüfen, ob der Dritte tatsächlich ausserhalb der ihm übertragenen Aufgabe tätig war, was das Unternehmen bei der Auswahl des Dritten und nach der Umsetzung vorgekehrt habe und ob das eigene Verhalten, nachdem das verbotene Verhalten bekannt wurde, dem Unternehmen Gelegenheit bot, genügend, Beweise vorzulegen, um die vermutete Verantwortung zu widerlegen. «Il incombe au juge national de vérifier dans le litige dont il est saisi si, sur le fait que le tiers a agi en dehors des missions qu'elle lui a confiées, sur les précautions qu'elle a prises lors de la désignation du tiers, dans le suivi de l'exécution des missions en cause et sur son propre comportement une fois qu'elle a eu connaissance du comportement interdit, l'entreprise a pu présenter des éléments de preuve suffisamment convaincants pour renverser la présomption de sa responsabilité».²⁶⁴

[Rz 143] Die Stadt Jürmala in Lettland hat ein Vergabeverfahren zur Verpflegung von Ausbildungsstätten ausgeschrieben. Drei Parteien «Div», «Ausma» und «Partikas» haben Angebote unterbereitet. Dabei zogen alle drei – ohne dass Partikas darüber informiert war – die gleiche Beraterin «MMD» für das Vergabeverfahren bei. Ein Mitarbeiter von MMD hat den Rahmen des von Partikas erhaltenen Angebotes dazu verwendet, die Offerten für Div und Ausma auszuarbeiten. Die Vorinstanz hat festgestellt, es sei zu keinen Abreden oder konzertiertem Verhalten zwischen Partikas und den beiden anderen Bewerbern gekommen. Allerdings habe die Beraterin anhand der Preise von Partikas die Offerte von Ausma 5% unter der von Partika und diejenige von Div 5% unter der von Ausma positioniert.²⁶⁵ Der Vollständigkeit halber handelt es sich bei diesem Sachverhalt, falls er allen bewusst ist, um eine verbotene Bieterabsprache, neudeutsch «bid-rigging». Für derartige Kartellabsprachen in der EU sind keine strafrechtlichen Konsequenzen für die handelnden Individuen vorgesehen. Das liegt eher an den Kompetenzen der EU²⁶⁶, als daran, dass derartiges Verhalten nicht die Tatbestandsmerkmale des gemeinen Strafrechts erfüllen würden, etwa Betrug: Art. 146 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB). Das Bieterkartell interessiert hier allerdings weniger. Aus den Schlussanträgen geht vielmehr hervor, dass alle Beteiligten, die Hilfspersonen oder Beauftragte oder Mittelsleute beiziehen, neben der «üblichen Compliance» nun eine zusätzliche Kartellrechts-Compliance befolgen müssen²⁶⁷ – falls und soweit sich der EuGH dem Generalanwalt anschliesst.

[Rz 144] Der aufmerksame Berater von Agenten ist gewarnt.

²⁶³ VM Remonts Schlussanträge, Conclusion.

²⁶⁴ VM Remonts Schlussanträge, Conclusion.

²⁶⁵ VM Remonts Rn. 4–7.

²⁶⁶ MARTIN KILLIAS, Zur Wirksamkeit von Strafsanktionen für Manager im Kartellstrafrecht, 2012, 16 f. abrufbar unter: www.rwi.uzh.ch.

²⁶⁷ Dazu mehr unter IV.

14. Rabattsysteme

[Rz 145] Grösseren Unternehmen²⁶⁸ ist zu raten, bei der Rabattgewährung generell Zurückhaltung zu üben, auch bei Mengenrabatten.²⁶⁹ Die Rabattsysteme führen meist zu einer erhöhten Bindung des Abnehmers der von Rabatten profitieren will. Entsteht diese Bindungswirkung, sind sofort die Regeln über die Exklusivabreden mit zu beachten.²⁷⁰

[Rz 146] Der EuGH hat zum Rabatt am 6. Oktober 2015 drei Elemente geklärt²⁷¹: Klassische Mengenrabatte, die abhängig vom Umfang der bisherigen Waren- oder Dienstleistungs-Bezüge gewährt werden, sind zulässig.²⁷² Dagegen sind Treuerabatte eines Grossunternehmens, die gewährt werden wenn der Kunde seinen Gesamtbedarf oder einen wesentlichen Teil davon exklusiv bei dem (in casu) marktbeherrschenden Unternehmen deckt, sind als solche missbräuchlich und verboten.²⁷³

[Rz 147] Andere Rabattmodelle von Grossunternehmen, die keines der beiden vorstehenden Beispiele betreffen, müssen aufgrund der Gesamtumstände im Einzelfall auf ihre Kartellrechtskonformität hin geprüft werden, «insbesondere der Modalitäten und Kriterien, nach denen die Rabatte gewährt werden, der Zahl der betroffenen Kunden und der Merkmale des Marktes, auf dem das Unternehmen in beherrschender Stellung tätig ist».²⁷⁴ Die WEKO hat am 29. Oktober 2015 verschiedene VW Verkäufer in der Ostschweiz gebüsst, weil sie 2013 unerlaubt Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erst-Offerten für Neuwagen untereinander abgesprochen haben.²⁷⁵

[Rz 148] Wenn umgekehrt Grossabnehmer von ihren Lieferanten Rabatte fordern, muss dies etwa in Deutschland nicht immer missbräuchlich sein: Gemäss deutschem «Anzapfverbot» ist es nicht zulässig, dass ein marktstarker Abnehmer seine Stellung ausnutzt, um von ihm abhängige Lieferanten aufzufordern, nicht sachlich gerechtfertigte Vorteile zu gewähren. Das OLG DÜSSELDORF erachtete es als zulässig, dass EDEKA nach der Übernahme der Tengelmann-Filialen mit vier Sektkellereien die Bezugskondition neu festsetzte.²⁷⁶ Es erkannte, dass die neuen Konditionen Ergebnis von Verhandlungen unter «annähernd gleich starken Verhandlungspartnern» waren.

[Rz 149] Das Bundeskartellamt hat 2013 über einen Fall berichtet und Rabattsysteme zur Verlagerung der Verkäufe vom Onlineshop in die Verkaufsstellen in Deutschland als problematisch er-

²⁶⁸ Sobald die Unternehmen Marktmacht im Sinne des Kartellrechts haben, mag sich im gewählten Rabattsystem bereits der Missbrauch manifestieren, Art. 7 KG. Dazu Erläuterungen KFZ-Bek, Rz. 7-10.

²⁶⁹ MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Rabatte und Kartellrecht, Anwaltsrevue 2006, 187 ff. oder für Deutschland MARTIN HELLWIG, Nicht lineare Bonus- und Rabattsysteme in der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Präsentation 9. März 2012 unter www.studienvereinigung-kartellrecht.de.

²⁷⁰ LL VV-GVO, Rz. 129 oder Urteil des EuGH vom 25. Juni 2016 T-66/01, EU:T:2010:255, *Imperial Chemical Industries Ltd gegen Europäische Kommission*, unter dem Vorwurf des Missbrauchs einer dominanten Stellung bei Rabatten für Spitzenmengen.

²⁷¹ Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C23/14, EU:C:2015:651, *Post Danmark A/S gegen Konkurrenserådet*.

²⁷² Urteil Post Danmark, C23/14, EU:C:2015:651, Rn. 27.

²⁷³ Urteil Post Danmark, C23/14, EU:C:2015:651, Dispositiv 3 und Rn. 27.

²⁷⁴ Urteil Post Danmark, C23/14, EU:C:2015:651, Dispositiv 1 und Rn. 68.

²⁷⁵ WEKO, Medienmitteilung vom 29. Oktober 2015 unter www.weko.admin.ch. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einvernehmliche Regelung vom 8. April 2014 mit Urteil vom 13. April 2016 für nichtig erklärt. Siehe Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5290/2014, B-5293/2014, B-5294/2014 und B-5332/2014 vom 13. April 2016. Eine Beschwerde ans Bundesgericht ist möglich.

²⁷⁶ Pressemeldung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2015, VI-Kart 6/14. Der Fall ist beim BGH hängig.

achtet. Das nach stationärem und Online-Weiterverkauf differenzierende System von Leistungsrabatten sollte nach Angabe des Lieferanten dazu dienen, «die höherwertigen Handelsleistungen des stationären Vertriebs zu honorieren». Die Jahresvereinbarungen seit 2014 verzichtet auf diese Rabattspreizung. Das Bundeskartellamt stellt das Verfahren ein.²⁷⁷

[Rz 150] Dem Praktiker sei empfohlen bei der Gestaltung von Rabattsystemen, die die Vertriebsparteien regelmässig vereinbaren, einen Kartellrechtler beizuziehen, um Wettbewerbsrechtsverstösse möglichst zu vermeiden. Das gilt nicht nur wenn eine Seite marktstark ist, sondern generell bei der Gestaltung von Rabattmodellen in Vertriebsverträgen, die über reine Mengenrabatte ohne Exklusivbindungseffekt hinausgehen.

15. Onlinevertrieb

[Rz 151] Die EU und die Schweiz haben 2010 den Onlinehandel in ihren Freistellungsbekanntmachungen²⁷⁸ thematisiert. Das waren damals umstritten Neuerungen. Die Gedanken hierzu beschränken sich auf das Kartellrecht.²⁷⁹ Der EuGH hat 2011 entschieden, das generelle Verbot, Waren über das Internet zu vertreiben, sei unzulässig.²⁸⁰ Allerdings darf der reine Online-Vertrieb, ohne eine physische Verkaufsstelle zu unterhalten, verboten werden.²⁸¹

[Rz 152] Das Anpreisen von Waren- und Dienstleistungen im Internet ist die schnelle und effektive Kundenansprache.²⁸² Die WEKO oder die Kommission der EU qualifizieren Internetangebote und darauffolgende Abschlüsse grundsätzlich als passiven Verkauf²⁸³. In der EU darf innerhalb eines selektiven Vertriebssystems kein Händler eingeschränkt werden, mit Hilfe des Internets an alle Endkunden zu verkaufen.²⁸⁴ Auflagen an Händler im selektiven Vertriebssystem für den Onlinevertrieb, welche diese davon abhalten, das Internet zu benützen, um mehr oder andere Kunden zu erreichen, verstossen gegen Kernbeschränkungen des EU-Kartellrechts, solange die Auflagen für den Onlinevertrieb nicht den Auflagen am physischen Verkaufspunkt gleichwertig sind.²⁸⁵ Diese Vorgabe aus der EU dürfte wohl auch Orientierungshilfe in der Schweiz sein²⁸⁶, obwohl sich die VertBek selber nur zum Begriff des passiven Verkaufes äussert. Die EU-Kommission verdeutlicht, Kriterien für «on- und offline» Verkäufe müssten nicht identisch sein, vielmehr sei

²⁷⁷ www.bundekartellamt.de, Bundeskartellamt, Fallbericht vom 23. Dezember 2013 zum Rabattsystem der Bosch Siemens Hausgeräte GmbH, B7-11/13.

²⁷⁸ Art. 4b VV-GVO und Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Abl. 19. Mai 2010, C 130 1 ff., LL VV-GVO, Rz. 52–56.

²⁷⁹ Auf die neuere vertragsrechtliche Entwicklung der EU zum Onlinehandel wird hier nicht eingegangen. Vgl. etwa LUKAS BÜHLMANN/MARTIN SCHIRMBACHER, Kartellrecht und Internetvertrieb, Jusletter 30. Mai 2014, 6 ff. und LL VV, Rz. 52, Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vom 9. Dezember 2015, KOM (2015) 635 final und MATTHIAS WENDLAND, Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel?, EuZW 2016, 126 ff.

²⁸⁰ Urteil des EuGH vom 13. Oktober 2011 C 439/09, EU:C:2011:649, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS gegen Président de l'Autorité de la concurrence und Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*. Dazu RAINER WELTE, in: EuZW 2012, 19 ff. Die Lösung wurde damals als möglicherweise im Einzelfall freistellbar an die nationalen Behörden delegiert.

²⁸¹ WELTE 21.

²⁸² BÜHLMANN/SCHIRMBACHER, 28 und LL VV-GVO, Rz. 52.

²⁸³ VertBek Ziff. 3 und LL VV-GVO, Rz. 52.

²⁸⁴ LL VV-GVO, Rz. 56.

²⁸⁵ LL VV-GVO, Rz. 56.

²⁸⁶ Rechtsvergleichend für die Schweiz und Deutschland etwa BÜHLMANN/SCHIRMBACHER, 1 ff., 15 ff., 20.

mit ihnen dasselbe Ziel zu verfolgen um vergleichbare Resultate zu erreichen.²⁸⁷ Diese abstrakte Vorgabe haben die Behörden der Mitgliedsstaaten in der Zwischenzeit anhand zweier Beispiele konkretisiert.

[Rz 153] Das deutsche Bundeskartellamt hat im August 2015 erkannt, dass die Anwendung des Vertriebssystems 1.0 durch ASICS gegenüber ihren in Deutschland ansässigen Händlern rechtswidrig war²⁸⁸ und in einer Pressemitteilung betont:²⁸⁹ «ASICS, in Deutschland Marktführer bei Laufschuhen, wählt seine Vertragshändler im Rahmen eines sog. Selektivvertriebs nach strengen Qualitätskriterien aus. Hersteller von Markenprodukten geniessen nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht weitreichende Handlungsspielräume, um einen Qualitätsstandard beim Vertrieb ihrer Produkte zu gewährleisten und ihren Vertragshändlern entsprechende Vorgaben zu machen. Derartige Maßnahmen dürfen aber nicht dazu führen, dass gerade kleine und mittlere Händler darin beschränkt werden, die Produkte auch über das Internet vertreiben zu können. Es besteht die Gefahr, dass den Verbrauchern die Vorteile des Nebeneinanders von stationärem Verkauf und Internetvertrieb durch überschießende Vertriebsbeschränkungen vorenthalten werden. Der Selektivvertrieb darf nicht dazu genutzt werden, die Angebotsbreite im Internet und die mit ihr verbundenen preissenkenden Tendenzen zu beseitigen». Bei der Entwicklung des Internethandels sei darauf zu achten, den Interessen der Hersteller gerecht zu werden und gleichzeitig Märkte und Chancen zugunsten von Händlern und Verbrauchern offenzuhalten.²⁹⁰

[Rz 154] Viele Hersteller von Sportartikeln haben eigene Online-Shops etabliert und kooperieren mit grossen Marktplätzen wie Amazon. Es gilt zu vermeiden, dass gerade kleinere Händler nicht mehr im Internet gefunden werden und sich das Online-Geschäft auf die Hersteller selbst und einige grosse Händler oder marktführende Marktplätze beschränkt. Deshalb sollen Hersteller ihren Vertragshändlern nicht verbieten, Preisvergleichsmaschinen und Verkaufsportale zu nutzen oder die Verwendung der jeweiligen Markenzeichen für eigene Suchmaschinenwerbung zu verwenden.²⁹¹

[Rz 155] Das ASICS Vertriebssystem 1.0 versties gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB. Den zugelassenen Händlern war verboten

- einem Dritten zu erlauben, Markenzeichen von ASICS in jeglicher Form auf der Internetseite des Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des autorisierten ASICS-Händlers zu leiten oder
- anwendungsspezifischer Schnittstellen bereitzustellen zur Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen.²⁹²

[Rz 156] Die Gruppenfreistellung war ausgeschlossen, weil die beiden festgestellten Kernbeschränkungen jede für sich bereits zur Rechtswidrigkeit des gesamten Vertriebssystems führt.²⁹³

²⁸⁷ LL VV-GVO, Rz. 56.

²⁸⁸ Bundeskartellamt, Beschluss vom 26. August 2015, B2-98/11 i.S. ACSIS, e-bay, adidas et al betreffend Einschränkung des Internetvertriebs durch zum Vertrieb zugelassene Händler (ASICS).

²⁸⁹ www.bundeskartellamt.de, Pressemitteilungen, Meldung vom 27. August 2015 zu ASICS (Pressemitteilung ASICS).

²⁹⁰ Pressemitteilung ASICS, Rz. 2.

²⁹¹ So der Präsident Andreas MUNDT in Pressemitteilung ASICS, Rz. 2.

²⁹² Pressemitteilung ASICS, Rz. 4.

²⁹³ Pressemitteilung ASICS, Rz. 3.

Derartige Verstösse gegen eine Kernbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 c VV-GVO sind nicht freistellbar²⁹⁴, weil sie den aktiven und passiven Verkauf an Endkunden beschränken.²⁹⁵

[Rz 157] Den Händlern wurde die Nutzung von Online-Marktplätzen wie eBay oder Amazon pauschal untersagt.²⁹⁶ Gemäss Vertriebssystem 1.0 durfte der Händler die ASICS-Produkt nur über den Internetauftritt eines Dritten (E-Marktplätze) bewerben oder verkaufen ohne den Namen oder das Logo der Plattform des Dritten zu zeigen. Offen blieb, ob auch diese Einschränkung unter die Kernbeschränkung gemäss Art. 4 lit. c VV-GVO fällt.²⁹⁷ Dieser Punkt bleibt in Deutschland damit weiterhin umstritten.

[Rz 158] Neben den Sportartikeln hat sich das Bundeskartellamt auch zu Internetvermittlern in der Automobilwirtschaft²⁹⁸ geäussert.²⁹⁹ So beurteilte das Bundeskartellamt die Fahrzeughersteller im Frühling 2015. Diese haben in «Internetstandards» die Zusammenarbeit von Markenhändlern mit Neuwagenportalen geregelt. Auf diesen Portalen kann der Endkunde sich das gewünschte Fahrzeug selbst konfigurieren und Marke und Ausstattungsmerkmale wählen. Nach Abschluss der Konfiguration bekommt er eine voraussichtliche Preisindikation. Die Portale ermitteln diese aufgrund eigener Marktkenntnisse oder mit Angaben der Händler. Der Kunde kann sich von den Portalen telefonisch zur Fahrzeugauswahl beraten lassen. Ist der Neuwagen gewählt, erteilt der Kunde dem Portal einen Vermittlungsauftrag. Die Portale suchen daraufhin einen passenden Händler, der den Wagen zum gewünschten Preis anbieten kann.³⁰⁰

[Rz 159] Vermittler sind keine unabhängigen Wiederverkäufer, die das Auto zum Weiterverkauf erwerben und nicht für einen bestimmten Kunden tätig werden. Der Kaufvertrag wird direkt zwischen dem Händler und dem Endkunden geschlossen und abgewickelt.³⁰¹

[Rz 160] Beim Zustandekommen des Kaufvertrages zahlt der Händler eine Provision an das Portal. Der Händler ist nicht zum Abschluss eines Kaufvertrags mit dem vermittelten Kunden verpflichtet. Die Zusammenarbeit mit internetbasierten Vermittlern schuf Markenhändlern einen neuen wichtigen Absatzkanal.³⁰²

[Rz 161] Derartige Neuwagenportale erhöhen nach Einschätzung des Bundeskartellamtes den Wettbewerb zwischen den Herstellern, die Markttransparenz für Endkunden und den Preisdruck auf stationäre Händler deutlich.³⁰³

[Rz 162] Die Ermittlungen ergaben, dass die Internetstandards mehrere im Wesentlichen inhaltsgleiche Bedingungen enthielten, deren Einhaltung Voraussetzung für den Erhalt von Boni oder Verkaufshilfen war. Die Internetstandards waren so arrangiert, dass sich das Verbot der Koopera-

²⁹⁴ Pressemitteilung ASICS, Rz. 3.

²⁹⁵ Art. 4 Abs. 1 c VV-GVO.

²⁹⁶ Für die Zulässigkeit der Einschränkung des Vertriebs über Fremdportale etwa BÜHLMANN/SCHIRMBACHER, 20 mit Hinweisen zur Praxis.

²⁹⁷ Pressemitteilung ASICS, Rz. 5, ähnlich BÜHLMANN/SCHIRMBACHER, 15 f.

²⁹⁸ Die KFZ-GVO in der EU lief am 31. Mai 2015 aus neu gilt hier die VV-GVO.

²⁹⁹ Fallbericht des Bundeskartellamts zur Automobilwirtschaft vom 15. Dezember 2015 in Sachen Ford, Opel und Peugeot, (Internetvermittler), www.bundekartellamt.de.

³⁰⁰ Internetvermittler, 1 f.

³⁰¹ Vgl. Internetvermittler, 2.

³⁰² Vgl. Internetvermittler, 2.

³⁰³ Internetvermittler, 2.

tion von Händlern mit Vermittlungsportalen im Wege der Auslegung ergeben konnte, ohne dass dies so geschrieben stand.³⁰⁴

[Rz 163] Im Ergebnis waren die meisten beteiligten Markenhändler nach der Einführung der Standards nicht mehr bereit, mit den Vermittlungsportalen zusammenzuarbeiten, aus Sorge, die für sie zentralen Boni und Verkaufshilfen der Hersteller zu verlieren. «Dies führte zu einem deutlichen Rückgang der Vermittlung der betroffenen Automarken über die Neuwagenportale».³⁰⁵

[Rz 164] Diese Standards verstossen nach erster Einschätzung gegen deutsches und europäisches Kartellrecht nach § 1 GWB und Art. 101 AEUV, soweit sie als Verbot der Zusammenarbeit mit Neuwagenportalen ausgelegt werden können. «Nach Art. 4 c) Vertikal-GVO ist eine Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems kartellrechtlich unzulässig und führt zur Nichtigkeit der Vereinbarung».³⁰⁶

[Rz 165] Mit den Autoherstellern hat sich das Bundeskartellamt geeinigt und das Verfahren eingestellt. Diese haben präzisiert, dass ihre Internetstandards nicht für internetbasierte Vermittlungsportal gelten.³⁰⁷

[Rz 166] Das Bundeskartellamt hat betont, dass die Kartellrechtsdiskussion zu Marktplatzverboten und anderen Internetvertriebsschranken wohl erst angestossen worden ist.³⁰⁸

[Rz 167] Die aus ASICS oder Internetvermittler sich online ergebende erhöhte Markt- oder Preistransparenz ist im Interesse der Konsumenten beabsichtigt.³⁰⁹ Dennoch ist zu befürchten, dass kleinere Händler in der EU langfristig Mühe haben, derart zu überleben, weil die Erfahrung zeigt, dass deren Margen kannibalisiert werden. Die Folge sind geringere Vielfalt auf der Handelsstufe und oligopolistische Vertriebsstrukturen. Weil die Lieferanten und die grossen Anbieter ihre Margen erfahrungsgemäss ungern verringern, bleibt zu hoffen, dass dann andere Wege gefunden werden, den Verbraucher am entstehenden Gewinn angemessen zu beteiligen. Ob es so weit kommt, wird die Zukunft zeigen.

[Rz 168] Bei der Rezeption von Lösungen aus der EU oder Deutschland für die Schweiz ist Vorsicht geboten, weil das in Deutschland und der EU zum Online-Vertrieb Geschriebene zur Preistransparenz im Interesse der Konsumenten ergangen ist. Das KG kennt im Gegensatz zu Deutschland³¹⁰ und zur EU³¹¹ keinen Konsumentenschutzzweck³¹²! Orientierungshilfe in der EU bleibt inzwischen das in der VV-GVO dazu Gesagte.³¹³ «Innerhalb eines selektiven Vertriebssystems sollte es den Händlern freistehen, sowohl aktiv als auch passiv und auch mit Hilfe des Internets an alle Endverbraucher zu verkaufen». «Für Online-Verkäufe müssen gegebenenfalls spezifische Auflagen formuliert werden, die sich auf die Einrichtung einer Online-Kundendienststelle, die

³⁰⁴ Internetvermittler, 2.

³⁰⁵ Internetvermittler, 2.

³⁰⁶ Internetvermittler, 3.

³⁰⁷ Internetvermittler, 4.

³⁰⁸ Pressemitteilung ASICS, Rz. 6.

³⁰⁹ Art. 101 Abs. 3 AEUV.

³¹⁰ Der Verbraucher ist am Gewinn gemäss § 2 GWB zu beteiligen.

³¹¹ Art. 101 Abs. 3 AEUV.

³¹² Vgl. vorstehend III.10.

³¹³ LL-GVO, Rz. 52 ff.

Übernahme der Kosten bei Rückgabe eines Produktes und die Anwendung sicherer Zahlungssysteme beziehen».³¹⁴ Und das gilt zurückhaltender für die Schweiz.

[Rz 169] Schliesslich hat die zuständige Kommissarin Margrethe Vestager am 26. März 2015 eine Sektoruntersuchung³¹⁵ zum E-Commerce angekündigt³¹⁶. Ziel sei die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im elektronischen Handel zu unterstützen und verschiedene von der Kommission geplante Rechtsetzungsinitiativen zur Förderung des digitalen Binnenmarkts voranzubringen. Sollte die Kommission nach Analyse der Ergebnisse Wettbewerbsprobleme feststellen, könnte sie Ermittlungen einleiten, zur Einhaltung der EU-Wettbewerbsvorschriften. Erste Ergebnisse sind allerdings nicht vor Mitte 2016 zu erwarten.³¹⁷ Der Rechtsrahmen für den Onlinehandel soll den Binnenmarkt mehr fördern und darauf hat der Vertriebspraktiker zu achten.

16. Online-Buchungsplattformen für Hotels

[Rz 170] In der Schweiz und im europäischen Ausland wurden Online Plattformen, wie bspw. «Booking», für die Hotelbuchung untersucht.³¹⁸ Für Deutschland wurde dabei erkannt, dass sogenannte Bestpreisklauseln gegenüber Hotelunternehmen den Preiswettbewerb behindern, weil sie die Preissetzungsfreiheit des Hotels spürbar einschränkt, soll es doch immer den bei Booking eingestellten Preis verlangen.³¹⁹ «Die von den Parteien gegenüber ihren Partner-Hotels verlangten weiten Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparitätsklauseln stellen damit unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar. Ihre Verwendung durch die Parteien ist daher zu untersagen».³²⁰

[Rz 171] Die Schlussanträge des Generalanwaltes vom Januar 2016 zu einer verbotenen Onlinebuchungsplattform in Litauen³²¹ wurden bereits vorstehend III.13, Rz. 139 erörtert.

17. Passive Verkaufsverbote

[Rz 172] Von passiven Verkaufsverboten in Vertriebsverträgen ist europaweit abzuraten.³²² Das Bundesverwaltungsgericht hat am 13. November 2015 die Auffassung der WEKO vom 7. Mai 2012 bestätigt, dass das zwischen BMW und den Abnehmern im EWR seit 2003 vereinbarte Exportverbot eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.³²³ Der (angefochtene) Entscheid hat einmal mehr bestätigt, dass Absprachen auch aus-

³¹⁴ LL VV-GVO, Rz. 56.

³¹⁵ Derartige Untersuchungen sind bereits bekannt aus Frankreich 2012, England untersucht Hotelbuchungsplattform oder Amazon 2013 oder Italien Enervit 2014.

³¹⁶ Pressemeldungen der EU: Competition policy for the Digital Single Market: Focus on e-commerce, Berlin 26. März 2015 1 ff.

³¹⁷ Competition policy for the Digital Single Market: Focus on e-commerce, Berlin 26. März 2015, 3.

³¹⁸ Etwa auch Frankreich, Schweden und Italien.

³¹⁹ Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. Dezember 2015, Booking.com, HRS, Expedia et al., Rz. 8.

³²⁰ Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015, booking, HRS, Expedia, Rz. 409.

³²¹ Schlussanträge des Generalanwaltes vom 3. Dezember 2015, VM Remonts, C-542/14.

³²² Seit 2015 prüft die EU auch sogenannte «Geo-blocking» und andere geografische Handelshemmnisse auf ihre Zulässigkeit hin (www.ec.europa.eu/digital-single-market/consultations, Update vom 25. Februar 2016).

³²³ Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-3332/2012 vom 13. November 2015, BMW/WEKO, 92. Dagegen wurde Beschwerde beim Bundesgericht erhoben. Der Entscheid ist im März 2016 nicht rechtskräftig.

serhalb der Schweiz mit Wirkung für die Schweiz kartellrechtsrelevant sind. Das ergibt sich aus dem Auswirkungsprinzip.³²⁴ Das Verbot, nicht aktiv gesuchte Verkaufsanfragen zu bearbeiten oder zu akzeptieren, gehört zu den verbotenen Kernbeschränkungen des Kartellrechts³²⁵. Nicht nur Vertriebsrechtler warten auf den Bundesgerichtsentscheid dazu.

18. Exklusive Ankermiete

[Rz 173] Vertriebspartner sind oft Ankermieter in neuen Geschäftsräumlichkeiten. Beim Ankermietvertrag ist Kartellrecht zu beachten. Der EuGH hat 2015 dazu entschieden, dass ein Ankermietvertrag für die Vermietung einer Supermarktfläche in einem Einkaufszentrum, der eine Klausel enthält, die dem Mieter das Recht einräumt, der Vermietung von Gewerbeflächen in diesem Einkaufszentrum durch den Vermieter an andere Mieter zu widersprechen, für sich genommen nicht bedeutet, dass dieser Vertrag eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 101 AEUV bezweckt. Erforderlich ist vielmehr eine vertiefte Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs der Abrede, sowie der Besonderheiten des betreffenden relevanten Marktes. Sollte diese Abrede dann erheblich zu einer möglichen Abschottung dieses Marktes beitragen, könnte sie als Vereinbarungen angesehen werden, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV bewirkt. «Die Bedeutung des Beitrags des einzelnen Vertrags zu dieser Abschottung hängt u. a. von der Stellung der Vertragspartner auf diesem Markt und der Laufzeit dieses Vertrags ab».³²⁶

[Rz 174] Das Veto des Ankermieters den Mieterspiegel vor unliebsamer direkter Konkurrenz zu schützen, vermag den Wettbewerb im konkreten Fall durchaus zu verfälschen. Umgekehrt dienen doch hohe Kundenfrequenzen allen Anbietern. Sich die unliebsame Konkurrenz fern halten zu wollen, ignoriert dieses historische gewachsene Grundprinzip im Detailhandel. In natürlich gewachsenen Agglomeration fanden sich meist die Anbieter gleicher Waren und Dienstleistungen im selben Quartier: Etwa die Fischer, die Metzger, die Bäcker, die Gerber, die Küfer oder immer noch die Musikinstrumentenhändler, die Küchenmaschinenverkäufer oder Gewürzhändler in Istanbul, dem früheren Konstantinopel. Die Konzentration gleicher Anbieter belebt das Geschäft und dient allen jenen, die sich dem Wettbewerb stellen. Allerdings mag im Vertrieb eine geographische Alleinstellung durchaus Teil des Konzepts sein.

IV. Korruptionsbekämpfung

[Rz 175] Jede Vertriebskette ist aus rechtlich selbständigen Vertriebsmittlern gebildet. Seit 2000 ergeben sich daraus zusätzliche Compliance-Pflichten für die Lieferanten und Auftraggeber.

[Rz 176] Der Beizug von Vermittlern macht immer dann Sinn, wenn sich der Aufbau einer eigenen Infrastruktur für das betroffene Unternehmen (noch) nicht lohnt. Eine Zweigniederlassung ist oft wegen steuerlichen Gründen im internationalen Verhältnis zur Geschäftsabwicklung mit

³²⁴ Art. 2 Abs. 2 KG.

³²⁵ Art. 5 Abs. 4 KG. Effizienzgründe zur Rechtfertigung der Abrede gemäss Art. 5 Abs. 2 KG seien weder behauptet, noch gegeben. Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-3332/2012 vom 13. November 2015, BMW/WEKO, 91 ff.

³²⁶ Urteil des EuGH vom 26. November 2015 C-345/14, EU:C:2015:784, SIA «Maxima Latvija» gegen Konkurences padome, dazu auch EuZW 2016, 180 ff.

Unternehmen, an denen ein Staat massgeblich beteiligt ist oder die staatliche Aufgaben erfüllen, unabdingbar. KMUs wählen dafür dann meist einen lokalen Agenten, der neben seiner Hauptaufgabe gemäss Art. 418 OR ihr Domizilhalter ist, Steuern abrechnet und bei der Vertragserfüllung hilft.

[Rz 177] Gemäss Art. 418a OR ist die Hauptaufgabe eines Agenten dem Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder auf deren Rechnung abzuschliessen! Mit anderen Worten: Er muss sein Gegenüber mit allen legalen Mitteln überzeugen, das offerierte Geschäft abzuschliessen.

[Rz 178] Wenn nun ein solcher Agent einen Beamten oder eine staatliche Stelle oder ein Unternehmen, das unter staatlicher Kontrolle steht, zum Vertragsabschluss bringt, wird die Linie zur Abgrenzung zur Bestechung dünn. Muss oder darf der Agent seinen Auftraggeber mit den Exponenten des Staatsbetriebes zu Tisch bitten zur Gesprächsanbahnung? Ist ein Treffen zum Mittagessen mit einem Unternehmen, an dem der Staat einen Minderbetrag hat, noch erlaubt? In Frankreich herrscht beispielsweise noch die Erwartung, dass wenn man sich nicht zum Essen trifft, man sich gar nicht erst zu verabreden braucht.

[Rz 179] Der Ursprung dieser Rechtsentwicklung liegt bei der OECD³²⁷ in ihrer «Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials 1997», die 2000 in der Schweiz in Kraft trat. In der Folge wurde unser Strafrecht mehrfach angepasst³²⁸: Art. 102 StGB und der neunzehnte Titel Art. 322^{ter} ff. StGB.³²⁹

[Rz 180] Ist ein Bestechungsdelikt nicht eindeutig einer natürlichen Person zuordenbar, haftet subsidiär das Unternehmen für Bestechungsdelikte gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB wegen mangelhafter Organisation. Trotz eines Bussenrahmens von bis CHF 5'000'000 handelt es sich um einen Tatbestand des Übertretungsstrafrechts.³³⁰

[Rz 181] In technisch spezialisierten Märkten ist nicht nur die Zahl der Anbieter überschaubar, auch die Zahl der geeigneten Mittelsleute, die kompetent genug und regional bestens vernetzt sind, wird sehr klein. Der Auftraggeber und Lieferant hat bei der Auswahl seiner Vertriebsmittler die nochmals erhöhte Pflicht zur sorgfältigen Auswahl, Instruktion und Überwachung.³³¹

[Rz 182] Das Strafrecht verlangt vom Unternehmen, dass dieses alles organisatorisch Erforderliche vornimmt und zumutbare Massnahmen umzusetzen um Bestechungsdelikte zu verhindern.³³²

[Rz 183] Die Gefahr besteht, dass ein Beauftragter wie im Fall Remonts³³³ sich die Arbeit einfach macht und seine Pflichten grob verletzt. Hat man alles vorgekehrt, damit der Agent nicht zwei Herren dient und sein Wissen «gewinnbringend» überall «verrät»? Taugt das projektbezogene

³²⁷ Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung in Europa.

³²⁸ Am 1. Mai 2000 wurde aktive Bestechung fremder Amtsträger strafbar, Art. 322septies StGB. Am 1. Oktober 2003 trat Art. 104quater StGB, heute Art. 102 StGB, in Kraft. Am 1. Juni 2006 wurden die Bestimmungen auf passive Bestechlichkeit ausgedehnt mit Ausnahme für Art. 102 StGB schliesslich wurde Bestechung im privaten Sektor zum Delikt, Art. 4a Abs. 1 a Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

³²⁹ Vgl. auch Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokoll des Europarates über Korruption vom 10. November 2004, BBl 2004 6983 ff.

³³⁰ Art. 102 StGB.

³³¹ Vgl. die üblichen Sorgfaltsgrundsätze betreffend Auswahl, Instruktion und Überwachung einer Hilfsperson («cura in eligendo, in instruendo et in custodiendo»), Art. 101 OR.

³³² Art. 102 StGB und die einschlägig Literatur dazu, etwa NIGGLI/WIEPRÄCHTIGER, Strafrecht I, 3.A., Basel 2013, ad 102 StGB, dort Rz. 219 ff. zu organisatorischen Vorkehrungen.

³³³ II.6 ad VM Remonts.

Konkurrenzverbot? Wie ist der Agent im Vollzug zu überwachen? Besonders in korruptionsgefährdeter Umgebung³³⁴ ist Vorsicht geboten.

[Rz 184] Der Lieferant ist gut beraten, die Integrität des Abnehmers genauestens zu prüfen und eine projekt- oder warenbezogene Exklusivität zu vereinbaren. Selbstverständlich ist die Geheimhaltung strikt und effizient zu regeln³³⁵ und zu überwachen. Die Exklusivität dient hier nicht per se dazu den Wettbewerb allenfalls einzuschränken sondern der Korruption durch Diener mehrerer Lieferanten vorzubeugen. Dieser Gedanke mag durchaus in Zukunft auch bei der Rechtfertigung von Exklusivabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vermehrt angerufen werden, dient er doch direkt auch der Korruptionsbekämpfung und damit der Stärkung des Wettbewerbs.

[Rz 185] Bisherige Korruptionsstrafverfahren werfen die Frage auf, ob die Ermittlungsbehörden bei Grossprojekten, in denen Sie schwarze Schafe entdeckt haben, anschliessend von allen Projektbeteiligten – auch den lauter handelnden – zumindest einen Projektrabatt via Bussgelder zurückbekommen möchten, und die lauterer Beteiligten vielleicht nur aufgrund des politischen Drucks in die Ermittlungen oder gar den Strafprozess einbeziehen.

[Rz 186] Bereits vorstehend wurde auf das Risiko ungenügender Compliance gemäss EU Kartellrecht hingewiesen³³⁶. Sehr wahrscheinlich hätte die Umsetzung der hier genannten Empfehlungen: Integritätsprüfung, Exklusivitätsvereinbarung, Geheimhaltung und geeignete Überwachung dazu geführt, generell Lieferanten oder Auftraggeber aus der Straf- und Kartellrechtsverantwortung zu nehmen, nicht nur im oben besprochenen Bieterkartell Partikas³³⁷. Das gilt besonders für das Korruptionsstrafrecht.

[Rz 187] Offen ist, ob die vorstehende Warnung nur für den Beizug von Agenten gilt, oder ob auch beigezogene Abnehmer, die auf eigene Rechnung und in eigenem Namen aber durchaus im Interesse des Lieferanten handeln, eine subsidiäre Strafbarkeit der Lieferanten im Einzelfall zu begründen vermögen.

[Rz 188] Im Blick stand vorstehend der Vertrieb, die Gedanken etwa zur Korruptionsbekämpfung gelten generell, auch bei der Bekämpfung der Geldwäscherei.³³⁸

V. Alternative Streitbeilegung für Konsumenten

[Rz 189] In der Absicht, die einfache, schnelle und kostengünstige Möglichkeit der aussergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten zwischen Konsumenten und Unternehmern im Vertrieb in der ganzen EU zu verbessern, trat 2013 die Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten in Kraft.³³⁹ Diese verpflichtet die Mitgliedsstaaten der EU ihr Recht diesbezüglich noch mehr zu harmonisieren.

³³⁴ Ein Thor wer glaubt, das sei nur in ehemaligen Ostblockländern eine ernst zu nehmende Gefahr. Im März 2015 klagte etwa die Bundesanwaltschaft den Ex-Informatikchef der Eidgenössischen Steuerverwaltung und zwei Manager aus der IT-Branche wegen Bestechung an. Im Projekt «Insieme» entstand gemäss damaligen Pressemeldungen ein Millionenschaden.

³³⁵ Dazu MEYER, Grenzen der Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Stellenwechsel, Summajus 1999, 244 ff.

³³⁶ Abschnitt III.13.

³³⁷ III.13 ad VM Remonts.

³³⁸ Weiterführend zur Vermeidung der Geldwäscherei wird auf die ICC-Publikation ICC Anti Corruption Clause 2012 verwiesen.

³³⁹ Richtlinie 2013/11/EU vom 21. Mai 2013, Abl. L 165/63 vom 18. Juni 2013.

[Rz 190] Durch Einschalten einer Vermittlungsstelle, die eine Lösung vorschlägt oder auferlegt, soll eine gütliche Einigung erzielt werden in einem aussergerichtlichen Verfahren für inländische und grenzübergreifende Streitigkeiten über online und offline geschlossenen Kaufverträgen oder Dienstleistungsverträgen in allen Wirtschaftssektoren Kauf- oder Dienstleistungsverträge zwischen in der EU niedergelassenen Unternehmern und dort wohnhaften Konsumenten.³⁴⁰ Für die Konsumenten soll sie vorzugsweise unentgeltlich sein.³⁴¹ Sie hat einen grossen Ausnahmekatalog, für Bereiche, in denen diese alternative Streitbeilegung (noch) ausgenommen ist.³⁴²

[Rz 191] Parallel dazu ist ergänzend die Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten zu beachten.³⁴³ Die Verordnung regelt die aussergerichtliche Streitschlichtung aus Online-Kauf- oder -Dienstleistungsverträgen zwischen in der EU niedergelassenen Konsumenten und Unternehmen. Diese ist allgemeinverbindlich und seit dem 9. Januar 2016 bereits in Kraft³⁴⁴ aber von der Öffentlichkeit noch zu wenig wahr genommen.³⁴⁵

[Rz 192] Für die Vertriebsparteien mit Märkten und einer Niederlassung in der EU ist es ratsam, sich auch auf diese neuen Formen des «nachvertraglichen Kundendienstes» angemessen vorzubereiten und einzustellen und als Sofortmassnahme den geforderten Link zur Online Plattform und ihre E-Postadresse bereitzustellen.³⁴⁶ Aktuell ist völlig offen, ob und wie die Konsumenten von der alternativen Streitbeilegung profitieren oder ob nur zusätzlicher administrativer Aufwand für die Unternehmen resultiert.

VI. Rechtsschutz unter den Vertriebsparteien

[Rz 193] Die sorgfältige vertragliche Regelung der gegenseitigen Ansprüche für Inkrafttreten, die gegenseitigen Vertriebsrechte und -pflichten und die Vertragsbeendigung und deren Folgen verringert das Prozessrisiko in Vertriebsverträgen spürbar³⁴⁷. Die Motivation zur klaren vertraglichen Regelung ergibt sich auch aus der bisherigen teilweise unbefriedigenden Praxis zum Vertriebsrecht. Aus der relationalen Rahmenvertragebene ergibt sich immer auch die ungeschriebene Pflicht sich mindestens einmal zum konstruktiven Gespräch zur gütlichen Streitbeilegung zu treffen.³⁴⁸

[Rz 194] Manchmal bleibt den Richtern oder Schiedsrichtern der notwendige interdisziplinäre Blick getrübt. Deshalb werden immer wieder Klagen des Agentur- und Vertriebsrechts suboptimal entschieden³⁴⁹. Gründe dafür sind mangelnde Kenntnis der nicht gewohnten Fachgebiete.

³⁴⁰ Richtlinie 2013/11/EU, Erwägung 16.

³⁴¹ Richtlinie 2013/11/EU, Erwägung 41.

³⁴² Richtlinie 2013/11/EU, Art. 2.

³⁴³ Verordnung EU/524/2013 vom 21. Mai 2013, Abl. L 165/1 vom 18. Juni 2013.

³⁴⁴ Verordnung EU/524/2013, Art. 22.

³⁴⁵ Vertiefend neben Richtlinie und Verordnung sei auf die Plattform der EU «Ihr Europa» verwiesen, wo diese neuen Instrumente erklärt werden (http://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-services/index_de.htm oder <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.chooseLanguage>).

³⁴⁶ Verordnung EU/524/2013, Erwägung 30 und Art. 14.

³⁴⁷ Vgl. zu Rechtswahl und Gerichtstand vorne I.2.

³⁴⁸ MEYER, Der Alleinvertrieb, 267 f.

³⁴⁹ BGE 134 III 497, manchmal bei der Vorinstanz oder den Parteien für die Bemessung der Entschädigung, dort E 4.1 und E 4.5.

te und zum Teil offensichtlich fehlende Kenntnis des Finanz- und Rechnungswesens³⁵⁰. Leider kann der Richter auch nur das aus dem Fall herausholen, was die Parteivertreter ihm vortragen. Entsprechend sind die Parteivertreter gefordert, trotz fortschreitender Spezialisierung und Vertiefung, die durchaus wünschbar ist, den Blick auf das Ganze zu richten und zumindest beim Erkennen fremder Fachgebiete den geeigneten Kollegen zur aktiven Vertragsgestaltung oder Problembewältigung beizuziehen.

[Rz 195] Aufgrund der Gedanken zum Vertriebsrecht wird der Gang zum Richter in Zukunft vielleicht etwas weniger zufallsbestimmt? Dass die Schweizer Praxis etwa zur Vertriebs- und Agenturvertragsbeendigung bisher knapp war, liegt am politischen Kompromiss, der einigen Bestimmungen dazu innewohnt und der sich daraus ergebenden Rechtsunsicherheit. Deshalb einigen sich vernünftige Parteien meist aussergerichtlich. Strukturierte Lösungsansätze sind möglich.

VII. Ergebnis

[Rz 196] Vertriebsfragen sollten vermehrt wirtschaftlich verstanden und rechtsgebietsübergreifend beurteilt werden. Die Beendigung von Vertriebsverträgen aus wichtigen Gründen ohne arbeitnehmergleiche Abnehmer ist abzulehnen. Die Vertragstreue überwiegt. Transaktionale Leistungsstörungen sind via Verzugs- und Rücktrittsregelungen zu bewältigen, stets eingebettet in die rahmenvertragliche Treuepflicht. Die Kundschaftsentschädigung ist Entgelt für den dem Lieferanten geschaffenen Vorteil und soll, falls der Vorteil erkannt ist, nicht unbillig gekürzt werden. Die Gestaltung von Vertriebssystemen soll immer Kartellrecht berücksichtigen. Falsch gewählte, nicht gehörig instruiert und überwachte Absatzmittler können kartell- und compliance-rechtliche Konsequenzen für die Lieferanten bergen.

Dr. iur. HSG (St. Gallen) CHRISTIAN ALEXANDER MEYER, licencié spécial en droit européen ULB, Brüssel arbeitet als Rechtsanwalt und Schiedsrichter in Zürich. Der Autor berät und prozessiert, auch als Schiedsrichter, regelmässig mit Bezug zum Vertriebsrecht.

³⁵⁰ Der veraltete Grundsatz «Iudex non calculat» ist leider immer noch weit verbreitet. Dabei geht es nicht um Rechnungsfehler oder deren Rechtskraft oder Korrektur, nein es geht um das rasche und richtige Erfassen von Quanten anhand von vorgelegten geeigneten Dokumenten des Finanz- und Rechnungswesens.